

UNIVERSIDADE DE LISBOA

FACULDADE DE DIREITO



A “ABORDAGEM MAIS ECONÓMICA” AO DIREITO EUROPEU DA CONCORRÊNCIA.

**ACORDOS ENTRE EMPRESAS, RESTRIÇÕES CONCORRENCIAIS POR OBJETO E A
ANÁLISE DOS EFEITOS NA APLICAÇÃO DO ARTIGO 101.º, N.º 1 DO TRATADO
SOBRE O FUNCIONAMENTO DA UNIÃO EUROPEIA**

João Alexandre Pateira Ferreira

Sob a orientação do Professor Doutor Miguel Moura e Silva

Tese especialmente elaborada para obtenção do grau de Doutor em Direito,
especialidade de Ciências Jurídico-Económicas

2018

UNIVERSIDADE DE LISBOA

FACULDADE DE DIREITO



A “ABORDAGEM MAIS ECONÓMICA” AO DIREITO EUROPEU DA CONCORRÊNCIA.

**ACORDOS ENTRE EMPRESAS, RESTRIÇÕES CONCORRENCIAIS POR OBJETO E A
ANÁLISE DOS EFEITOS NA APLICAÇÃO DO ARTIGO 101.º, N.º 1 DO TRATADO
SOBRE O FUNCIONAMENTO DA UNIÃO EUROPEIA**

João Alexandre Pateira Ferreira

Sob a orientação do Professor Doutor Miguel Moura e Silva

Júri:

Presidente: Doutor José Artur Anes Duarte Nogueira, Professor Catedrático e Presidente do Conselho Científico da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

Vogais:

- **Doutor Luís Ortiz Blanco**, Profesor Titular de la Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, Espanha, Arguente;
- **Doutora Sofia Oliveira Pais Cunha**, Professora Associada da Escola do Porto da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa;

- **Doutor Eduardo Manuel Hintze da Paz Ferreira**, Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Arguente;
- **Doutor Fernando José Borges Correia de Araújo**, Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa;
- **Doutor Luís Domingos Silva Moraes**, Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa;
- **Doutor Paulo Manuel Mello de Sousa Mendes**, Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa;
- **Doutor Miguel José Pinto Tavares Moura e Silva**, Professor Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Orientador.

Tese especialmente elaborada para obtenção do grau de Doutor em Direito,
especialidade de Ciências Jurídico-Económicas

NOTA PRÉVIA

O Tratado de Paris refere-se ao Tratado que institui a Comunidade Europeia do Carvão e do Aço (Tratado CECA). Os Tratados de Roma referem-se ao Tratado que institui a Comunidade Económica Europeia (Tratado CEE) e o Tratado que institui a Comunidade Europeia de Energia Atómica (Tratado EURATOM), que entraram em vigor no dia 1 de janeiro de 1958. O Tratado de Maastricht, que entrou em vigor no 1 de novembro de 1993, criou a União Europeia (como elemento aglutinador das três comunidades, a CECA, CEE E EURATOM, e da coordenação de políticas em domínios não comunitarizados) e alterou a designação da CEE para Comunidade Europeia (Tratado CE). O Tratado de Lisboa, que entrou em vigor no dia 1 de janeiro de 2009, alterou a estrutura formal dos Tratados, passando a União Europeia a substituir, para todos os efeitos, a Comunidade Europeia. O Tratado CE passou, por via do Tratado de Lisboa, a designar-se Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), mantendo-se igualmente em vigor o Tratado da União Europeia (TUE). Em conjunto, TFUE e TUE constituem os Tratados da União.

No presente texto, as referências são feitas à numeração dos Tratados introduzida pelo Tratado de Lisboa, substituindo, quando adequado, a numeração nas citações originais.

O Tratado de Lisboa também alterou a designação do Tribunal de Primeira Instância, que se passou a designar Tribunal Geral, designação que será utilizada no presente texto, mesmo quando nos referimos a decisões proferidas antes de 2009. O Tribunal Geral e o Tribunal de Justiça constituem o Tribunal de Justiça da União Europeia. As referências no presente texto aos Tribunais da União refletem as alterações introduzidas pelo Tratado de Lisboa.

As referências aos processos do Tribunal de Justiça e do Tribunal Geral são feitas de acordo com o identificador europeu da jurisprudência (*European case-law identifier*, ECLI), adotado pelo Tribunal de Justiça da União Europeia em

2014. Na primeira referência a um acórdão será descrito o modo como o mesmo acórdão será referido nas ocorrências seguintes.

As citações de textos estrangeiros são feitas na língua original.

People want to know under what circumstances and how far they will run the risk of coming against what is so much stronger than themselves, and hence it becomes a business to find out when this danger is to be feared. The object of our study, then, is prediction, the prediction of the incidence of the public force through the instrumentality of the courts.

Oliver Wendell Holmes, jr.¹

It was in 1962 that EEC competition lawyers began asking themselves in earnest by what criteria a contractual restriction should be judged under Article 85(1) of the EEC Treaty. They are still asking the question.

Don Holley²

¹ “*The Path of the Law*”, Harvard Law Review, 10, 1897, p. 457.

² “*EEC Competition Practice: A Thirty Year Retrospective*”, Fordh. Int. L. J., 1992, p. 342.

RESUMO

A presente investigação aborda o processo de modernização do Direito europeu da concorrência e o seu impacto substantivo na aplicação do artigo 101.º aos acordos entre empresas, procurando em particular concretizar o conceito de “restrição por objeto” à luz da análise dos efeitos e da “abordagem mais económica” que caracteriza esse processo.

Um dos resultados do processo de modernização é um aparente paradoxo entre, por um lado, uma maior preocupação com a demonstração dos danos causados por práticas restritivas da concorrência, em prejuízo da determinação de categorias rígidas ou formais de comportamentos presumidos restritivos da concorrência, e por outro, um recurso sistemático e porventura excessivo ao conceito de “restrição por objeto”, designadamente na prática administrativa da Comissão Europeia. A jurisprudência do Tribunal de Justiça, em sede de recurso de anulação ou de reenvio prejudicial, tem procurado uma caracterização deste tipo de restrição da concorrência que peca ainda pela incerteza na sua definição e insegurança na sua aplicação, não obstante a norma relevante, tal como hoje a conhecemos, poucas alterações substantivas ter sofrido nos últimos 60 anos.

A estrutura específica do artigo 101.º apresenta também desafios ao intérprete, pela especial dificuldade em articular uma interpretação “modernizada” da proibição do n.º 1 com a natureza específica da exceção do n.º 3.

De forma a concluir por uma conjugação coerente e sistemática entre as disposições do n.º 1 e do n.º 3 do artigo 101.º, propomos uma reavaliação da natureza da proibição, pela revisitação do conceito de “restrição por objeto”, e das exceções ao âmbito de aplicação ao artigo 101.º, n.º 1 que têm sido determinadas pela jurisprudência do Tribunal de Justiça da União.

Após analisarmos a posição assumida pelo Tribunal de Justiça e pela Comissão Europeia quanto à definição do conceito de restrição da concorrência

pelo objeto, concluímos pela necessidade de uma *abordagem mais sistemática* à aplicação do artigo 101.º, que concilie a autonomia normativa do conceito de restrição da concorrência pelo objeto com a necessária ponderação teleológica da finalidade da justificação de práticas restritivas à luz do artigo 101.º, n.º 3.

ABSTRACT

This thesis reviews the modernization of European Competition Law and its material impact on the enforcement of article 101 to agreements between undertakings, looking to articulate the notion of “restriction by object” in the light of an effects-based or a “more economic” approach that has come to identify this process.

One of the outcomes of the modernization process is an apparent paradox between, on one hand, a greater focus on demonstrating harm caused by competition restrictions regardless of any rigid or formal categorizations of conduct presumed to be restrictive, and on another hand, a systematic and perhaps excessive recourse to the notion of “restriction by object”, namely in the administrative practice of the European Commission. The European Court of Justice’s jurisprudence, in annulment or preliminary rulings, has sought to characterize this type of competition restriction, albeit not to a satisfactory degree in either definition of the restriction or legal certainty in its application, notwithstanding the unchanged wording of the Treaty, in this, in the last 60 years.

The specific structure of article 101 poses significant challenges to the legal practitioner, especially by the difficult coordination of a “modernized” approach to the prohibition in article 101(1) with the specific nature of the justification in article 101(3).

To coherently and systematically apply the prohibition and exception rules in article 101, we review the nature of the prohibition by revisiting the notion of “restriction by object”, as well as the exceptions to the scope of article 101(1) according to the jurisprudence of the European Union Court of Justice.

Following an assessment of the stances taken by the European Union Court of Justice and the European Commission concerning the notion of

“restriction of competition by object”, we conclude by assessing the need to have a *more systematic approach* to the enforcement of article 101, reconciling the normative autonomy of the notion of restriction of competition by object with the possibility of justification under article 101(3).

PALAVRAS CHAVE

Direito da Concorrência; Direito europeu da concorrência; Tratado de Lisboa; acordos horizontais; modernização; abordagem mais económica; balanço económico

KEYWORDS

Competition Law; European Competition Law; Lisbon Treaty; horizontal agreements; modernization; more economic approach; justification

AGRADECIMENTOS

- Ao Prof. Doutor Miguel Moura e Silva, pela enorme paciência, apoio e amizade que sempre me transmitiu nas suas funções de orientador, ao longo dos anos e do tempo que consegui dedicar a este projeto, no meio de tantas outras batalhas que fomos lutando, e pelo exemplo de abnegação e dedicação à causa pública na defesa da concorrência em Portugal.
- À Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, pela dispensa de serviço docente que me foi concedida nos anos letivos de 2013-2014 e 2014-2015, o que foi essencial para a realização da investigação de suporte à presente dissertação. Também na Faculdade, devo um especial agradecimento ao Prof. Doutor Eduardo Paz Ferreira, pelo seu interesse e preocupação sempre reiterada pela conclusão deste trabalho, e cuja amizade sempre me sensibilizou, e aos Prof. Doutores Paulo de Pitta e Cunha e Luís Domingos Silva Morais, com quem, em 2006, tive a honra e o privilégio de iniciar as minhas atividades docentes, na então disciplina de Direito Comunitário.
- Ao apoio inexcedível da equipa da Linklaters, à qual me juntei em 2014, e uma palavra em especial ao Carlos Pinto Correia, sem o qual não teria sido possível ter condições para concluir a redação desta dissertação.
- Aos amigos, sempre necessários, com quem fui partilhando as minhas angústias, que foram perdoando as minhas ausências, e que me deram o incentivo necessário para concluir este trabalho.
- À minha família, sem a qual nada disto teria sido possível.
- *Cela va sans dire (mais il vaut toujours mieux en le disant)*, todas as opções, erros e omissões no presente texto são da minha exclusiva responsabilidade.

ÍNDICE SUMÁRIO

INTRODUÇÃO

I PARTE: A MODERNIZAÇÃO DO DIREITO EUROPEU DA CONCORRÊNCIA

CAPÍTULO 1: DO ANTIGO REGIME À REFORMA DO DIREITO EUROPEU DA CONCORRÊNCIA

CAPÍTULO 2: A MODERNIZAÇÃO DO DIREITO EUROPEU DA CONCORRÊNCIA

II PARTE: O CONCEITO DE RESTRIÇÃO DA CONCORRÊNCIA PELO OBJETO NO ARTIGO 101.º, N.º 1 DO TRATADO SOBRE O FUNCIONAMENTO DA UNIÃO EUROPEIA

CAPÍTULO 3: RESTRIÇÕES DA CONCORRÊNCIA PELO OBJETO NA MODERNA POLÍTICA DE CONCORRÊNCIA, NA UNIÃO EUROPEIA E EM PORTUGAL

CAPÍTULO 4: O DESENVOLVIMENTO DO CONCEITO DE RESTRIÇÃO DA CONCORRÊNCIA PELO OBJETO NA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CAPÍTULO 5: A APRECIÇÃO DO OBJETO RESTRITIVO DA CONCORRÊNCIA NO SEU CONTEXTO: OS ELEMENTOS ESSENCIAIS DA RESTRIÇÃO DA CONCORRÊNCIA PELO OBJETO

CONCLUSÃO: RESTRIÇÕES DA CONCORRÊNCIA PELO OBJETO NA IDADE MODERNA DO DIREITO EUROPEU DA CONCORRÊNCIA

PRINCIPAIS ABREVIATURAS

ANC	Autoridade Nacional de Concorrência
AdC	Autoridade da Concorrência
artigo 101.º	artigo 101.º TFUE
artigo 102.º	artigo 102.º TFUE
Lei da Concorrência	Lei n.º 19/2012, de 8 de maio
Livro Branco de 1999	Livro Branco sobre a modernização das regras de aplicação dos artigos 85.º e 86.º do Tratado CE, COM 1999/C 132/01, de 12.5.1999
Regulamento 1/2003	Regulamento (CE) n.º 1/2003 do Conselho, relativo à execução das regras de concorrência estabelecidas nos artigos 81.º e 82.º do Tratado CE, JO 1, de 4.1.2003
Regulamento 17/62	Regulamento (CEE) n.º 17 do Conselho, de execução dos artigos 85.º e 86.º do Tratado, JO 13, de 21.2.1962
Tratado CE	Tratado que institui a Comunidade Europeia
Tratado CECA	Tratado que institui a Comunidade Europeia do Carvão e do Aço
Tratado CEE	Tratado que institui a Comunidade Económica Europeia
TCL	Tribunal do Comércio de Lisboa
TCRS	Tribunal de Concorrência, Regulação e Supervisão
TFUE	Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia
TUE	Tratado da União Europeia
Tribunal	Tribunal de Justiça da União Europeia
TRL	Tribunal da Relação de Lisboa

INTRODUÇÃO

A presente dissertação corresponde a uma opção pelo Direito da Concorrência³, como área de especialidade no ramo das ciências jurídico-económicas que tem vindo a assumir especial relevância nas investigações científicas desenvolvidas no grupo das ciências jurídico-económicas com vista à obtenção do grau de doutoramento na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa⁴.

As normas substantivas nucleares do Direito europeu da concorrência, os atuais artigos 101.^o e 102.^o representam um marco de continuidade formal da

³ Os objetivos do Direito da Concorrência são geralmente indissociáveis da sua definição. Como refere (PAZ FERREIRA, 2001, p. 474), o Direito da Concorrência é *“uma parte do sistema legal, tendente à fixação de normas aplicáveis ao exercício da atividade económica através de regras relativas ao estabelecimento das empresas, à comercialização dos seus produtos, às relações concorrenciais e à proteção do consumidor. Trata-se de um conjunto de leis que tem em vista a proteção do mercado contra restrições à concorrência quer imputáveis a comportamentos isolados dos sujeitos económicos, quer a comportamentos coligados de grupos de empresas, independentemente da sua forma jurídica, quer ainda ao exercício abusivo de posições de domínio por parte de uma empresa ou empresas preponderantes no mercado e, bem assim, o controlo das operações de concentração”*. Também (SANTOS, GONÇALVES, & MARQUES, 2008, p. 319) se referem ao Direito de Concorrência como o *“conjunto de leis que tem em vista a proteção do mercado contra restrições à concorrência imputáveis, quer a comportamentos coligados de grupos de empresas, independentemente da sua forma jurídica, quer ainda ao exercício abusivo de posições de domínio por parte de uma empresa ou empresas preponderantes no mercado e, bem assim, o controlo das operações de concentração”*. Já (MONCADA, 2007, p. 411) considera que *“as leis de defesa da concorrência têm por objeto acordos entre empresas mantendo estas a sua autonomia económica, concentrações de empresas nas suas diversas formas e o exercício de uma posição de domínio no mercado imputável a várias causas. O objetivo das leis é, naturalmente, a manutenção de uma estrutura de mercado e de um comportamento empresarial concorrenciais”*. Na súmula de (WHISH & BAILEY, 2015, p. 1), que chama à colação o objetivo de maximização do bem-estar do consumidor, *“competition law consists of rules that are intended to protect the process of competition in order to maximize consumer welfare”*. Ver, ainda, (MOURA E SILVA, 2008, p. 10 a 32; PATRÍCIO, 1982; PITTA E CUNHA, 2006, p. 139 e ss.; XAVIER, 1970).

⁴ Referimo-nos aqui às teses de doutoramento defendidas por Luís Domingos Silva Morais (MORAIS, 2006); Paula Vaz Freire (FREIRE, 2008); Carlos Lobo (LOBO, 2010); Miguel Moura e Silva (MOURA E SILVA, 2010) e Miguel Sousa Ferro (FERRO, 2015).

constituição económica europeia⁵, mantendo-se praticamente inalteradas desde a sua introdução no Tratado de Roma⁶.

O artigo 101.^o dirige-se às situações de coordenação ou cooperação empresarial (*acordos, práticas concertadas e decisões de associações de empresas*), enquanto o artigo 102.^o tem por objeto as condutas unilaterais de empresas que detenham uma posição dominante no mercado.

Estas normas desempenham um papel fundamental na constituição económica europeia, como demonstra a ainda recente – mas aparentemente inconsequente – tentativa de despromoção do estatuto da defesa da concorrência enquanto objetivo da União Europeia⁷.

Se as normas substantivas do direito primário da União se caracterizam pela relativa constância ao longo das poucas décadas que o Direito europeu da concorrência conta – não obstante o contínuo processo de revisão dos Tratados europeus – a sua aplicação e interpretação, seja pela Comissão Europeia, seja pelo Tribunal de Justiça da União, têm revelado um diapasão mais alargado,

⁵ Quanto ao conceito de “constituição económica”, ver (FRANCO & MARTINS, 1993; MOREIRA, 1979; PAZ FERREIRA, 2001). Quanto à identificação nos tratados comunitários de uma “constituição económica” assente, *inter alia*, na defesa da concorrência, ver (CONSTANTINESCO, 1977).

⁶ Já no Tratado CECA, de 1951, eram proibidos “os acordos entre empresas, todas as decisões de associações de empresas e todas as práticas concertadas que, no mercado comum, tendam direta ou indiretamente a impedir, restringir ou falsear o funcionamento normal da concorrência e que, em especial, tendam a: fixar ou determinar os preços; restringir ou controlar a produção, o desenvolvimento técnico ou os investimentos; repartir os mercados, os produtos, os clientes ou as fontes de abastecimento” (cf. artigo 65.^o do Tratado CECA). Os comportamentos das empresas com posição dominante tinham um enquadramento substancialmente distinto: “Se a Comissão considerar que empresas públicas ou privadas que, de direito ou de facto, tenham ou obtenham, no mercado de um dos produtos submetidos à sua jurisdição, uma posição dominante que as subtraia a uma concorrência efetiva numa parte importante do mercado comum, se servem desta posição para fins contrários aos objetivos do presente Tratado, dirigir-lhes-á as recomendações adequadas para evitar que esta posição seja utilizada para esses fins. Se as referidas recomendações não forem executadas de forma satisfatória num prazo razoável, a Comissão, por meio de decisões tomadas em consulta com o Governo interessado, fixará os preços ou condições de venda a aplicar pela empresa em causa, ou estabelecerá programas de produção ou de entrega a cumprir por ela, sujeitando-a às sanções previstas, respetivamente, nos artigos 58.^o e 64.^o” (cf. artigo 66.^o, n.º 7 do Tratado CECA).

⁷ Ver (RILEY, 2007; VAN ROMPUY, 2011; WEITBRECHT, 2008).

permitindo por um lado o desenvolvimento de um verdadeiro ramo jurídico autónomo, assente em princípios e regras gerais sistematizadoras, e por outro uma mutação significativa dos padrões hermenêuticos que norteiam ao longo do tempo a aplicação dessas normas⁸.

Uma das mais significativas evoluções do Direito europeu da concorrência foi desencadeado durante a década de 1990⁹, com a reforma do sistema administrativo de aplicação das regras de proibição e de controlo de operações de concentração de empresas, e com a crescente relevância das considerações de eficiência económica na interpretação e aplicação das normas substantivas.

Em especial, esse movimento conheceu um definitivo impulso com a publicação do “Livro Branco sobre a modernização das regras de aplicação dos artigos 85.º e 86.º do Tratado CE”, em 1999¹⁰, destinado a rever o sistema de aplicação administrativa que vigorava desde 1962¹¹, assente num sistema de notificação prévia, centralizado na Comissão Europeia e dificilmente compatível com uma Comunidade Europeia em processo acelerado de alargamento¹².

Com o Livro Branco de 1999, a Comissão Europeia propunha resolver os problemas sistémicos da centralização administrativa vigente¹³, através da

⁸ Ver, no que respeita à evolução do direito norte-americano de acordo com um padrão “pendular”, (KOVACIC, 2003).

⁹ Para uma descrição das etapas pelas quais podemos caraterizar a evolução do Direito europeu da concorrência, com objetivos essencialmente pedagógicos ou descritivos, ver (MARQUES, 2002, p. 34 e 135; MORAIS, 2006, p. 499; e do mesmo autor, 2009a, p. 95).

¹⁰ Ver Comissão Europeia, *Livro Branco sobre a modernização das regras de aplicação dos Artigos 85.º e 86.º do Tratado CE*, COM 1999/C 132/01, de 12.5. 1999, adiante, “Livro Branco de 1999”.

¹¹ Através do Regulamento (CEE) n.º 17 do Conselho, de execução dos artigos 85.º e 86.º do Tratado, JO 13, de 21.2.1962, adiante “Regulamento 17/62”. Para uma análise do sistema administrativo centralizado implementado em 1962, ver (W. P. J. WILS, 1999).

¹² O esgotamento deste sistema e a necessidade da sua reforma tinha sido já evidenciado por (GERBER, 1994b).

¹³ Utilizando uma expressão de (HAWK, 1995).

substituição do sistema de apreciação prévia de acordos ou práticas eventualmente restritivas da concorrência pela introdução de um sistema descentralizado de aplicação das normas do Tratado, abdicando da competência exclusiva em matéria de apreciação da eventual justificação das restrições à concorrência à luz do artigo 101.º, n.º 3¹⁴.

Muito embora a própria Comissão assumisse que a reformulação das regras adjetivas de aplicação do Direito europeu da concorrência constituía o principal objetivo das alterações propostas pelo Livro Branco¹⁵, a necessidade de adotar uma *“abordagem mais económica”* à aplicação do n.º 1 do artigo 101.º¹⁶, surge neste contexto como uma das mais profundas, e potencialmente sistematizadoras, mutações introduzidas no Direito europeu da concorrência; esta referência, conjuntamente com a alteração estrutural do sistema de aplicação das normas substantivas¹⁷, constitui um elemento nuclear e o *leitmotiv* das iniciativas legislativas que acompanhariam a publicação do Livro Branco de 1999¹⁸, e que, abrangendo todos os domínios do Direito europeu da concorrência, alteraram-no substancialmente¹⁹, em resultado de uma crescente

¹⁴ Sendo de sublinhar, também, um contexto mais amplo de redefinição dos princípios de partilha e exercício de competências da União com os Estados-Membros, em especial pela introdução do princípio da subsidiariedade no Tratado da União Europeia de 1992 e os seus desenvolvimentos no Tratado de Amesterdão, como sublinhado por Roger Van den Bergh (1997, p. 142). Ver igualmente (MOURA E SILVA, 1998, p. 141).

¹⁵ V.g., numa das primeiras apresentações públicas do Livro Branco de 1999 pelo então Diretor-Geral da Concorrência, Alexander Schaub, apenas se focavam as questões relacionadas com as alterações adjetivas do sistema de aplicação das normas. Ver (SCHAUB, 1999).

¹⁶ *“No tratamento de processos individuais, a Comissão adotará uma abordagem mais económica na aplicação do n.º 1 do artigo 85.º [atual artigo 101.º, n.º 1 do TFUE], o que limitará o âmbito de aplicação desta disposição às empresas que disponham de um certo poder de mercado”*, p. 21.

¹⁷ Na sequência da publicação do Regulamento (CE) n.º 1/2003 do Conselho, relativo à execução das regras de concorrência estabelecidas nos artigos 81.º e 82.º do Tratado CE, JO 1, de 4.1.2003, adiante, “Regulamento 1/2003”.

¹⁸ Ver (MOURA E SILVA, 2000, pp. 129-160).

¹⁹ Ver (GERBER, 2008, p. 1246), que define este processo de modernização “substantiva” nos seguintes termos: *“the project in which the Commission has changed the basic means by which competition law’s conduct norms are given content and thus changed the substantive law itself”*.

influência do pensamento económico na construção dogmática do Direito da concorrência²⁰.

Essas iniciativas, assentes na *descentralização plena* da aplicação das normas europeias de defesa da concorrência, por um lado, e – quanto a nós, tão ou mais relevante – no recurso mais intenso aos instrumentos da ciência económica para a análise dos comportamentos empresariais objeto de apreciação à luz daquelas normas, decorrente da proposta de empreender uma “abordagem mais económica” à proibição de acordos restritivos da concorrência, traduziram-se num claro entrincheiramento da ciência económica no Direito da Concorrência, mas deixando em aberto os objetivos e as consequências dessa abordagem.

Se o Direito da Concorrência, e em especial o Direito europeu da concorrência, têm na sua própria matriz preocupações e objetivos de natureza económica, esta abordagem mais económica²¹, tanto pode sinalizar uma

²⁰ Tenham-se em conta os regulamentos e as orientações administrativas adotadas na sequência do Livro Branco de 1999, abrangendo virtualmente todos os domínios do Direito da Concorrência (acordos horizontais, restrições verticais, abuso de posição dominante, controlo de concentrações e auxílios públicos), e que constituem um verdadeiro programa legislativo de reforma do Direito europeu da concorrência, tanto em termos adjetivos como substantivos.

²¹ Que encontra antecedentes anteriores à publicação do Livro Branco de 1999. Efetivamente, a adoção de uma abordagem mais económica torna-se evidente, desde logo, com a revisão das regras aplicáveis às restrições verticais, iniciada em 1997 com a publicação do Livro Verde sobre as restrições verticais (Comissão Europeia, *Livro Verde sobre as restrições verticais no âmbito da política comunitária da concorrência*, COM (1996) 0721 final, de 22.1.1997, adiante “Livro Verde sobre as restrições verticais”), e com a adoção do Regulamento (CE) n.º 2790/1999, de 22.12.1999, relativo à aplicação do n.º 3 do artigo 81.º do Tratado CE a determinadas categorias de acordos verticais e práticas concertadas, JO L 336, de 29.12.1999, adiante, “Regulamento de Isenção por Categoria de 1999”, com as regras aplicáveis ao controlo de concentrações e, ainda, com a publicação das orientações da Comissão em matéria de definição de mercado relevante (Comunicação da Comissão relativa à definição de mercado relevante para efeitos do direito comunitário da concorrência, JO C 372, de 9.12.1997). A mesma preocupação encontraria respaldo na revisão das regras aplicáveis ao controlo de concentrações, processo desencadeado a partir do Livro Verde relativo à revisão do Regulamento (CEE) n.º 4064/89 (Comunicação da Comissão Europeia, *Livro Verde relativo à revisão do Regulamento (CEE) n.º 4064/89 do Conselho*, COM(2001) 745 final, de 11.12.2001), onde a Comissão propunha adotar um novo critério substantivo, assente na redução substancial da concorrência, ao invés da avaliação da criação ou reforço de uma posição dominante. O novo regime de controlo prévio de concentrações de dimensão comunitária, aprovado pelo Regulamento (CE) n.º 139/2004 do Conselho, de 20 de

necessidade de atualização e adaptação dos pressupostos e fundamentos económicos do Direito da Concorrência, como uma mais profunda alteração dos próprios princípios em que assenta, das metodologias que emprega e dos objetivos que prossegue.

A análise económica dos efeitos reais ou potenciais no mercado de uma determinada conduta empresarial como elemento essencial de preenchimento dos requisitos da proibição de práticas restritivas da concorrência é um dos pontos nucleares da abordagem “modernizada” ao artigo 101.º n.º 1; deve reconhecer-se a natureza interdisciplinar da análise concorrencial, como deverá assumir-se que a concretização das normas de Direito da Concorrência tem sido sujeita a uma intensa apreciação de natureza económica que, validando ou invalidando precedentes e práticas administrativas e judiciais de aplicação, efetivamente conforma e condiciona a interpretação e aplicação dessas normas²².

Com efeito, a divisão de competências no sistema de autorização administrativa introduzia uma cisão clara entre um âmbito de aplicação da proibição bastante extenso (concedendo à Comissão, ou qualquer outra autoridade, uma ampla margem de apreciação e de definição do teor e limites da proibição), reservando a análise dos impactos potencialmente positivos da prática para a apreciação do eventual preenchimento dos requisitos do n.º 3.

Ao recentrar a discussão do impacto das práticas e das consequências decorrentes do poder de mercado das empresas envolvidas em comportamentos eventualmente suscetíveis de serem proibidos à luz do n.º 1, procede-se a uma

janeiro de 2004, relativo ao controlo das concentrações de empresas, JO L 24, de 29.1.2004, adiante “Regulamento 139/2004”, acabaria por tentar conjugar estes dois critérios (cfr. artigo 2.º, n.ºs 2 e 3 do Regulamento 139/2004), pela introdução de um critério substantivo de apreciação assente nos eventuais entraves significativos à concorrência efetiva, sendo de sublinhar a referência explícita à possibilidade de justificação de concentrações com base nos ganhos de eficiência (embora com condições. Cf. em esp., o artigo 2.º, n.º 1, al. b) do Regulamento 139/2004).

²² Sendo este um processo de natureza *dinâmica* e não estática. Ver (BASEDOW, 2007).

ampliação da própria definição do que é ou não uma restrição concorrencial (e assim, do que é ou não proibido) e expande-se o âmbito de aplicação do n.º 1 (ou seja, o escopo da proibição), como parece sinalizar a necessidade de essa mesma proibição ser objeto de uma análise económica dos efeitos, reais ou potenciais, que uma determinada conduta empresarial pode ter no mercado, dependendo por isso da avaliação do poder de mercado das empresas envolvidas e não da categorização do comportamento em causa.

O que não pode ser considerado despiciente à luz do papel do n.º 3 na economia da aplicação das regras do Tratado aos acordos entre empresas, em especial quando a modernização do sistema administrativo de aplicação das regras do Tratado assente na descentralização, e que suscita o dilema de saber se a distinção entre infrações por objeto ou por efeito no artigo 101.º traduz uma efetiva bifurcação assente numa delimitação estrita do conceito de *objeto* (semelhante à que nos Estados Unidos se realiza em relação ao quadro de aplicação das restrições consideradas proibidas *per se*) ou se, pelo contrário, o recurso a quadros analíticos económicos implica uma substancial confusão entre ambos os conceitos. Finalmente, se tal não implica uma degradação do próprio conceito de restrição da concorrência, à luz da necessidade de assegurar uma aplicação coerente entre o n.º 1 (a proibição) e o n.º 3 (a justificação).

Assistimos, neste período que se iniciou em meados da década de 1990, a uma mudança estrutural significativa, que procura afastar o Direito europeu da concorrência da aplicação formalista que o caracterizou nas suas décadas iniciais de implementação e consolidação, procurando os instrumentos de análise económica para determinar os efeitos económicos das condutas e dos danos ou prejuízos para a concorrência, e para os consumidores potencial ou efetivamente decorrentes de determinadas condutas empresariais, abandonando um conjunto de presunções baseadas, ainda, num conceito de “*workable competition*” a que o próprio Tribunal de Justiça recorreria na sua década inicial²³, e que desde cedo

²³ Ver J. M. Clark (1940, 1961). Entre nós, ver igualmente (XAVIER, 1970, p. 30): “*vamos partir do princípio de que a lei de defesa da concorrência tem essencialmente um objetivo económico de longo prazo: assegurar o grau de concorrência dos mercados que seja suscetível de promover o*

afastaram a aplicação do Direito europeu da concorrência do modelo neoclássico da concorrência perfeita.

Esse afastamento, que encontra uma origem mediata no desenvolvimento das escolas de análise económica e de organização industrial, da sua influência no sistema norte-americano de defesa da concorrência, pode ser encontrado nos mecanismos de receção dessas influências no sistema europeu, seja pela via administrativa, seja pela via jurisprudencial.

Em especial, o forte investimento da Comissão Europeia e da sua Direção Geral de Concorrência no recrutamento de economistas, na criação de um posto de “Economista-Chefe”, o modo como reagiu a sucessivas derrotas judiciais decorrentes da falta de fundamentação económica das suas decisões, e o papel que o Tribunal Geral, criado em 1989 e que passa a desempenhar, em primeira linha, as funções de instância de recurso das decisões da Comissão em matéria de aplicação das regras de concorrência, são disso exemplo.

Uma vez compreendida a origem da influência da análise económica no Direito europeu da concorrência, afigura-se necessário compreender em que medida os instrumentos da ciência económica se acomodaram na exegese jusconcorrencial. Elegemos para esse efeito os impactos dessa abordagem na análise dos acordos entre empresas, por nos permitirem compreender a evolução da análise jus concorrencial das coordenações empresariais no Direito

*desenvolvimento económico do país, nas condições presentes da economia internacional. Desta proposição decorre imediatamente que não se aceita a ideia das teorias clássica e neoclássica, segundo as quais a concorrência é a única forma possível de obtenção da máxima satisfação do consumidor e condição bastante do crescimento dinâmico da economia no período longo; isto é – que não se aceita a definição da concorrência em termos de meios, mas de fins, aferido a sua admissibilidade pela sua capacidade de, em concreto os realizar”. Também (PATRÍCIO, 1982, p. 46), para quem “a finalidade essencial é a de criar um quadro organizativo da economia que assegure uma concorrência leal e eficaz. Isto significa que se deem aos agentes económicos em geral possibilidades de acesso ao mercado, tanto no respeitante à oferta como à procura”. O recurso à noção de *workable competition* pelo Tribunal de Justiça no Acórdão *Metro* (Acórdão de 25.10.1977, *Metro c. Comissão*, 26/76, EU:C:1977:167, adiante “Acórdão *Metro*”, p. 659), será das poucas ocorrências em que a jurisprudência do Tribunal apresenta uma referência expressa a um modelo teórico de concorrência.*

europeu da concorrência e, em especial, dos acordos horizontais mais graves, restrições particularmente caracterizadas por porem em causa os vetores nucleares do funcionamento do mercado e da autonomia empresarial, e que no Direito norte-americano merecem lugar destacado no quadro das infrações *per se*.

Faremos igualmente uma referência, necessariamente mais limitada, à abordagem mais económica nos domínios das restrições verticais, das práticas unilaterais abusivas e do controlo das operações de concentração de empresas para aflorarmos o impacto estrutural, sistemático e potencialmente integrador da abordagem mais económica ao Direito europeu da concorrência.

Neste âmbito, ensaiaremos conclusões quanto à influência, inicialmente díspar, mas atualmente em manifesta uniformização, da análise económica nos três domínios fundamentais de aplicação do Direito da Concorrência (acordos entre empresas, abuso de posição dominante e controlo de concentrações). Em especial, iremos sublinhar como as preocupações de subordinação da análise jusconcorrencial a considerações de eficiência alastraram progressivamente para a análise da cooperação entre empresas²⁴, e finalmente, para a análise do abuso de posição dominante²⁵, embora com um alcance ainda limitado.

A parte nuclear da nossa investigação é dedicada ao conceito de restrição da concorrência pelo objeto, em especial o seu papel nuclear no âmbito da proibição de acordos restritivos da concorrência. Nesta parte da investigação, iremos debruçar-nos sobre uma das temáticas que, encontrando a sua origem no princípio do Direito europeu da concorrência, merece uma renovada atenção à luz do processo de modernização do Direito europeu da concorrência em torno da abordagem mais económica, a dicotomia entre as infrações por objeto ou por efeito e o seu papel na economia da proibição dos acordos entre empresas, por

²⁴ Com particular enfoque na análise das restrições verticais e das concentrações de empresas, ver (LIANOS, 2007a).

²⁵ Neste ponto, ver (MOURA E SILVA, 2010).

um lado, e o papel do balanço económico proposto pelo artigo 101.^o, n.^o 3, por outro.

Esta é uma matéria que, devemos reconhecer, apresenta dificuldades de monta para o intérprete e aplicador das normas, e constitui um sério desafio para o empreendimento de uma investigação académica, tratando-se de um tema que tem suscitado intenso debate e análise, tanto na perspetiva dos *policy makers* e atores da política de concorrência²⁶, da jurisprudência²⁷, e da academia²⁸; todavia, é igualmente um estímulo para a apresentação de um contributo para uma discussão central no Direito europeu da concorrência.

²⁶ Ver, e.g., o discurso do Diretor-geral da Concorrência Alexander Italianer, *The Object of Effects* (ITALIANER, 2014), e o *documento de trabalho* da Comissão Europeia relativo à definição de restrições por objeto, de junho de 2014 (Comissão Europeia, Commission Staff Working Document, “Guidance on restrictions of competition by ‘object’ for the purpose of defining which agreements may benefit from the De Minimis Notice, SWD(2014) 198 final, de 25.6.2014).

²⁷ A título meramente exemplar, o tema das restrições por objeto e do seu enquadramento na aplicação do artigo 101.^o está no cerne dos seguintes acórdãos do Tribunal de Justiça: Acórdão de 20.11.2008, *Competition Authority v. Beef Industry Development Society Ltd e o.*, C-209/07, EU:C:2008:643, adiante “Acórdão BIDS”; Acórdão de 4.6.2009, *T-Mobile e o. c. Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit*, C-8/08, EU:C:2009:343, adiante “Acórdão T-Mobile”; Acórdão de 6.10.2009, *GlaxoSmithKline Services Unlimited c. Comissão*, C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P e C-519/06 P, EU:C:2009:610, adiante “Acórdão GlaxoSmithKline”; Acórdão de 13.12.2012, *Expedia Inc. c. Autorité de la concurrence e o.*, C-226/11, EU:C:2012:795, adiante “Acórdão Expedia”; Acórdão de 14.3.2013, *Allianz Hungária Biztosító Zrt. e o. c. Gazdasági Versenyhivatal*, C-32/11, EU:C:2013:160, adiante “Acórdão Allianz Hungária”; Acórdão de 11.9.2014, *MasterCard e o. c. Comissão*, C-382/12 P, EU:C:2014:2201, adiante “Acórdão MasterCard”, tratando-se aqui de uma restrição qualificada apenas pelo efeito repressivo; Acórdão de 11.9.2014, *Groupement des Cartes Bancaires c. Comissão*, C-67/13 P, EU:C:2014:2204, adiante “Acórdão Groupement des Cartes Bancaires”, e o Acórdão de 16.7.2015, *ING Pensii c. Consiliul Concurenței*, C-174/14, EU:C:2015:484, adiante “Acórdão ING Pensii”. Ver, ainda, o confronto entre as conclusões da Advogada-Geral Juliane Kokott no processo *T-Mobile* (conclusões de 19.2.2009, EU:C:2009:110), e as conclusões do Advogado-geral Nils Wahl no processo *Groupement des Cartes Bancaires* (conclusões de 27.3.2014, EU:C:2014:1958), que refletem nas suas posições divergentes algumas das aparentes perplexidades sistemáticas decorrentes da jurisprudência do Tribunal de Justiça a este respeito, e a que regressaremos adiante.

²⁸ O tema tem sido objeto de discussão e análise nas principais obras de referência do Direito europeu da concorrência, ver, e.g. (BELLAMY & CHILD, 2013; FAULL, KJOLBYE, LEUPOLD, & NIKPAY, 2014; JONES & SUFRIN, 2014; WHISH & BAILEY, 2015), e em diversos artigos. Ver, e.g. (ANDREANGELI, 2011a, 2011b; FALKENBERG, 2015; GERARD, 2012; JONES, 2010b; KING, 2011; MURRAY, 2015; NAGY, 2015; ODUDU, 2001b; ORTEGA GONZÁLEZ, 2013a).

Procuramos debater e testar a análise dos efeitos neste tipo de infrações, bem como a forma como as mesmas têm vindo a ser discutidos pela prática administrativa da Comissão e pela jurisprudência do Tribunal de Justiça da União, e em especial os elementos contraditórios desta mesma jurisprudência, tanto à luz da “abordagem mais económica”, como perante a necessidade de assegurar a coerência sistemática que garanta uma aplicação previsível das normas; a necessidade de assegurar um quadro previsível para a aplicação concreta do Direito da Concorrência é fundamental para garantir a sua própria legitimidade.

A “abordagem mais económica” constitui um elemento dinamizador e nuclear do processo de modernização do Direito europeu da concorrência. Mas não constitui num elemento caracterizador ou de especial relevância apenas respeitante às designadas práticas colusivas restritivas da concorrência – as condutas empresariais proibidas pelo artigo 101.º, n.º1 –, mas sim, e quanto a nós, um traço marcante da evolução do Direito europeu da concorrência nas últimas décadas, em todos os seus domínios, seja a nível da proibição dos abusos de posição dominante, das restrições verticais, dos auxílios estatais ou da análise das operações de concentração empresarial. Conquanto, não é uma característica distintiva do Direito europeu da concorrência. Pelo contrário, o recurso aos instrumentos da ciência económica na análise das condutas empresariais em aplicação de normas jurídicas de defesa da concorrência é também – ou principalmente? – o resultado de uma evidente influência do ordenamento norte-americano, onde o recurso à ciência económica adquiriu um primeiro fulgor, infiltrando-se no sistema europeu de defesa da concorrência com algumas décadas de intervalo, onde serviu de *pedra-de-toque* à sua reconfiguração em torno de uma maior atenção aos supostos efeitos dos comportamentos que são o objeto das proibições, do que com o conteúdo normativo que lhes é inerente.

Consideramos necessária, neste ponto, uma ressalva metodológica preliminar quanto ao tema que nos propusemos investigar, sublinhando que a análise de um problema nuclear à aplicação do Direito europeu da concorrência pela mobilização de conceitos e modelos de matriz essencialmente económica

não prejudica, quanto a nós, a natureza essencialmente jurídica da investigação na sua metodologia, objetivos e conclusões; o que não se poderá desatender, todavia, é que o nosso ponto de partida – a análise do conteúdo normativo da proibição dos acordos entre empresas que tenham por objeto ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência e o seu papel à luz da “*abordagem mais económica*”, é particularmente sintomática da natureza híbrida do Direito da concorrência²⁹, onde as ciências jurídica e económica surgem como duas faces de uma mesma realidade, conquanto defronte direções potencialmente opostas³⁰: este é, afinal, o desafio permanente da área das ciências jurídico-económicas, onde a interdisciplinaridade analítica, a necessidade de apreender e traduzir aspetos da análise económica de acordo com o método, regras e léxico jurídico, de forma a compreender, sistematizar e corporizar normativamente o conjunto de regras a que chamamos “Direito da Concorrência”, não pode prejudicar a natureza jurídica da investigação³¹.

Metodologicamente, e partindo da especificidade dogmática do Direito da Concorrência enquanto ramo do Direito tributário da análise, metodologia e resultados próprios da ciência jurídica e da ciência económica, e da formalização de uma “*abordagem mais económica*” à proibição de acordos e práticas concertadas prevista no artigo 101.º, n.º 1, propomo-nos desenvolver a nossa investigação em torno da delimitação dos comportamentos empresariais proibidos pelas normas europeias de defesa da concorrência pelo seu objeto restritivo e sua evolução, à luz dos objetivos e fins específicos do Direito europeu da concorrência, com vista, por um lado, à averiguação da influência da análise económica na aplicação do Direito europeu da concorrência e suas consequências e limites (com idênticas repercussões na aplicação do Direito

²⁹ Ver (FRAZER, 1992, p. 11).

³⁰ “*Although industrial economists and competition lawyers study the same subject matter, their approaches have unfortunately grown apart*”, como referem (Roger VAN DEN BERGH & CAMESASCA, 2001, p. 9)

³¹ Por oposição a uma abordagem *transdisciplinar* ou *pluridisciplinar*. Quanto à especificidade da metodologia jurídico-económica, ver (FRANCO, 1982-1983, p. 7; PAZ FERREIRA, 2001, p. 33). No que respeita em particular ao Direito da Concorrência, ver (MORAIS, 2009a, p. 31).

nacional da concorrência) e, por outro lado, à contraposição de tais consequências e limites aos objetivos e fins específicos do Direito europeu da concorrência.

A nossa abordagem assentará, assim, em três considerações fundamentais: em primeiro lugar, o reconhecimento da importância que a evolução do pensamento económico na conceptualização e aplicação do Direito europeu da Concorrência não pode pôr em causa a sua base normativa, direcionada à defesa do livre funcionamento dos mercados e à proibição das condutas empresariais que a ele se oponham, através da tutela da concorrência enquanto bem jurídico imaterial³²; é, por isso mesmo, um ramo do direito cuja razão assenta na imperfeição dos mercados e no condicionamento da liberdade dos agentes económicos, quando esta tenha por consequência a distorção do funcionamento do mercado, e que por isso mesmo deve estar suportado em modelos de análise e de aplicação padronizados e suficientemente claros e previsíveis, tratando-se assim da regulação e ordenação de comportamentos humanos.

A sua contextualização em torno de modelos (e pressupostos) de análise económica cujos pressupostos e variáveis são marcadamente mutáveis e objeto de evolução científica não pode deixar de ser sinalizada.

De facto, a abordagem mais económica pode ser aliciante – se a entendermos como uma proposta de alteração sistemática do Direito da Concorrência – ao procurar assentar o sistema normativo de aplicação de regras de defesa da concorrência em modelos de análise empírica dos comportamentos empresariais, com vista a abranger apenas aqueles que, efetivamente, prejudiquem os mecanismos concorrenciais de funcionamento do mercado; mas esta atração não pode camuflar o desafio – desde logo, institucional, mas também normativo – que representa a necessidade de superação das assimetrias informativas e dos custos que lhe são associados, e as consequências para a segurança jurídica dos agentes económicos que uma maior incerteza decorrente

³² Ver, neste sentido (MORAIS, 2009a, p. 68).

da aplicação casuística que os modelos de análise empírica dos seus comportamentos representa inexoravelmente.

Em segundo lugar, o reconhecimento da especificidade do Direito europeu da concorrência implica necessariamente uma contraposição ao Direito norte-americano da concorrência – constituindo ambos os modelos arquétipos de ordenamentos jurídicos de defesa da concorrência – pondo em perspetiva uma aparente inflexão das características específicas do modelo europeu na sequência da deslocação da abordagem jusconcorrencial europeia para uma análise de eficiência económica direcionada para o bem-estar do consumidor; a reflexão sobre a evolução histórica e teleológica do Direito norte-americano da concorrência e as ilações que daí poderão ser retiradas para o Direito europeu da concorrência devem portanto ser contrapostas não apenas à origem e preocupações distintas que estão na base das regras de defesa da concorrência no processo de integração económica do continente europeu, como da importância que as mesmas continuam (ou devem continuar) a assumir³³.

Em terceiro lugar, a “abordagem mais económica”, que se delineava já na jurisprudência europeia e na prática administrativa da Comissão previamente à publicação do Livro Branco, numa primeira fase direcionada às restrições verticais e às operações de concentração de empresas, e que foi passando para a análise dos comportamentos abusivos em sede de aplicação do artigo 102.^o e, finalmente, para os acordos horizontais, deixa em aberto uma definição clara do modelo de defesa da concorrência na União Europeia, procurando conjugar a proibição formal, os objetivos e fundamentos das normas de defesa da concorrência previstas nos Tratados e a concretização casuística dessas normas condicionada por modelos de eficiência económica, eles próprios sujeitos a uma constante – e nem sempre previsível – mutabilidade das correntes de

³³ “*European Competition Law must be understood in the context of the need to break down the national boundaries between the member states of the Community. Ever since the European Court of Justice’s Grundig case, the coherence between the ultimate Community task of creating an internal (common) market in accordance with the principle of an open market economy with free competition ... and the policy means thereto of market integration ... has been clearly established*”. Ver (Roger VAN DEN BERGH & CAMESASCA, 2001, p. 2).

pensamento que os suportam³⁴; embora essa indefinição contribua para a riqueza conceptual do Direito da Concorrência, e para a sua natureza evolutiva enquanto quadro normativo adaptável a uma realidade permanentemente mutável, é necessário aprofundar modelos de análise jusconcorrencial que permitam enquadrar devidamente as influências da análise económica, de acordo com parâmetros hermenêuticos sólidos, e perspetivar as suas consequências na evolução do Direito europeu da concorrência.

Por isso mesmo, a investigação a que nos propusemos incidiu na análise dos objetivos da proibição inerente à caracterização de uma restrição da concorrência pelo objeto no quadro da aplicação do artigo 101.º às manifestações de cooperação empresarial, atendendo ao contexto de uma aplicação influenciada pelos princípios e metodologias da ciência económica, balizada pela caracterização da evolução teleológica do Direito europeu da concorrência, procurando assim concretizar os limites daquela proibição e o papel da análise económica na sua compreensão.

Concluímos pela discussão e análise crítica dos problemas jurídicos e económicos decorrentes da delimitação da proibição do artigo 101.º, n.º 1 à luz de uma “abordagem mais económica” e da sua aplicação coerente e sistemática com o artigo 101.º, n.º 3, optando para o efeito por uma análise crítica da aplicação das regras do Tratado na jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia e na política de concorrência da União Europeia, mas também na prática decisória da Autoridade da Concorrência.

³⁴ H. Hovenkamp descreve nos seguintes termos o ciclo de vida das “escolas” de análise económica do Direito da Concorrência: *“The life of a school of antitrust policy is like the life of a scientific model. First the model experiences a period when only one or a few people dare to propose it. These people may be treated as charlatans by those who work within the consensus model. Later a break-through or discovery, or perhaps a series of discoveries, occurs that both discredits the accepted model and makes the new model seem far more palatable. Then the new model achieves consensus, and most people in the scholarly community try to jump on the wagon - to do research that will validate the model, or that is guided by the frame-work established by the model”*. (HOVENKAMP, 1985, p. 215).

Completo-se, ao fim de mais de uma década, o ciclo de reformas nos textos legislativos e nas orientações administrativas da Comissão em matéria de aplicação dos artigos 101.º e 102.º, desencadeados a partir das linhas orientadoras reveladas, ou consolidadas, no Livro Branco de 1999. Todas elas parecem apontar – ainda que não de forma idêntica, e nem com a mesma profundidade – efetivamente, numa maior preocupação com a abordagem económica das restrições concorrenciais, até em domínios onde a perspetiva formalista pareceria prioritária.

A modernização do Direito europeu da concorrência projetou uma evolução na aplicação das regras da concorrência previstas nos Tratados, não apenas no que respeita aos seus aspetos adjetivos ou processuais, mas também – e no que nos interessa, principalmente – no próprio conteúdo das normas nucleares do Direito europeu da concorrência, e em particular no alcance das proibições previstas nos atuais artigos 101.º e 102.º.

Esta problemática insere-se num contexto mais vasto que coloca o enfoque na discussão dos próprios objetivos do Direito da Concorrência, tendo por fim uma sistematização dos seus princípios para além da incerteza (quando não confusão) dogmática resultante da já sublinhada confluência das ciências jurídica e económica.

E essa discussão é particularmente relevante no contexto da integração europeia, onde o Direito da concorrência assume uma importância nuclear no âmbito da Constituição económica europeia, cujo funcionalismo inicial o distingue fundamentalmente do carácter essencialmente punitivo na origem do Direito da concorrência norte-americano.

A relativização da importância do Direito europeu da concorrência enquanto instrumento da integração dos mercados nacionais tem orientado a política europeia da concorrência por considerações de eficiência económica medidas por um critério de bem-estar do consumidor, substituindo a importância da proibição de comportamentos empresariais restritivos da

concorrência numa perspetiva de integração dos mercados nacionais e como instrumento normativo de limitação da liberdade empresarial num quadro inescapável de imperfeição dos mercados.

A hipótese de recondução do Direito europeu da Concorrência a um sistema normativo exclusivamente dedicado à promoção e salvaguarda da eficiência económica deve, por isso, ser objeto de uma análise que permita um balanceamento dos seus aspetos positivos e negativos, tendo em conta os fins e objetivos dos Tratados da União³⁵.

Finalmente, se todas as investigações devem ter na sua origem uma questão, permitimo-nos identificar as seguintes como orientadoras do nosso estudo: *o que está na origem da adoção de uma abordagem mais económica no Direito europeu da concorrência? Quais as consequências da abordagem mais económica para os objetivos do Direito europeu da concorrência, e em que medida serão estes condicionados ou alterados por essa abordagem? A abordagem mais económica implica uma evolução ou uma inflexão da aplicação do artigo 101.º? Quais os limites da abordagem mais económica na análise dos acordos entre empresas, em especial no que à aplicação coerente da proibição e da exceção importa?*

³⁵ Como reconhecido aliás, pelos próprios defensores da “abordagem mais económica”. Ver, em especial, (GERADIN, LAYNE-FARRAR, & PETIT, 2012, pp. 18-19).

I PARTE: A MODERNIZAÇÃO DO DIREITO EUROPEU DA CONCORRÊNCIA

CAPÍTULO 1: DO ANTIGO REGIME À REFORMA DO DIREITO EUROPEU DA CONCORRÊNCIA

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Os objetivos do Direito europeu da concorrência. 3. Da fundação à modernização. O Direito europeu da concorrência e a sua circunstância.

1. INTRODUÇÃO

A distinção entre *objeto* e *efeito* restritivo da concorrência está no centro dos principais debates dogmáticos no Direito europeu da concorrência, onde muito do que se possa entender como sendo a sua *alma* é questionado e testado³⁶: os limites do texto legislativo à luz dos desenvolvimentos da ciência económica; os objetivos da defesa da concorrência e os seus limites no quadro mais amplo das políticas económicas; a sua própria autonomia ou independência dogmática *versus* uma potencial recondução enquanto corpo normativo limitado a garantir parâmetros de funcionamento eficiente dos mercados, são apenas algumas das questões que podem ser introduzidas neste debate.

É, igualmente, uma distinção que reside na letra das regras de defesa da concorrência dos tratados comunitários desde o Tratado de Paris que instituiu a Comunidade Europeia do Carvão e do Aço, e que permanece, quase imutável, até ao Tratado de Lisboa, impondo-se aos aplicadores práticos – os tribunais, as autoridades nacionais, a Comissão Europeia – e aos seus cultores jurídicos e económicos, como um elemento essencial, mas nem sempre plenamente compreendido, da norma do artigo 101.º, n.º 1.

O Direito europeu da concorrência, em particular a norma do artigo 101.º, proíbe acordos entre empresas que restrinjam a concorrência tanto pelo seu “objeto” (i.e., acordos que são considerados, pela sua própria natureza, tão perturbadores para o normal jogo da concorrência que não se considera necessário realizar qualquer tipo de investigação quanto aos efeitos concretos desse comportamento na concorrência para se determinar a existência de uma infração) como pelo seu “efeito” (i.e., acordos que, pela sua implementação, desencadeiam restrições concorrenciais).

³⁶ Tomamos de empréstimo para a imagem da *alma* do Direito da Concorrência o sugestivo título do artigo de Eleanor Fox (FOX, 1987), onde se discutem os objetivos e fins do Direito norte-americano da concorrência.

Independentemente do tipo de infração identificada (sendo que, neste ponto, recorreremos com a devida cautela ao conceito de tipologia para distinguir as infrações *por objeto* ou *por efeito*³⁷), um acordo restritivo da concorrência será considerado nulo e as empresas envolvidas sujeitas a sanções pecuniárias.

Muito embora a distinção entre o “objeto” ou “efeito” da prática não se traduza diretamente numa bifurcação entre as diversas formas que as restrições da concorrência previstas e proibidas no artigo 101.º TFUE podem assumir, nem quanto ao seu grau de gravidade ou perniciosidade (como discutiremos *infra* em maior pormenor), esta dicotomia revela sobretudo uma clara diferença no modo com as infrações em causa são abordadas, quer pelas autoridades responsáveis pela sua investigação (a Comissão Europeia e as autoridades nacionais responsáveis pela investigação de infrações ao Direito europeu da concorrência) e, em especial, a evolução do pensamento jurídico e económico que baliza a aplicação do Direito europeu da concorrência.

Essa evolução a partir do final da década de 1990 tem procurado introduzir um especial enfoque nos impactos que as práticas restritivas da concorrência efetivamente causam no jogo da concorrência para determinar quais os comportamentos empresariais que devem ser objeto de preocupação ou atuação sancionatória, através da introdução de metodologias de análise jusconcorrencial assentes na análise dos efeitos restritivos da concorrência (“*effects-based approach*”), que parece impor à aplicação da proibição da restrição *objetiva* uma avaliação prévia dos impactos do comportamento no mercado, representando a nível da análise dos acordos horizontais, uma das manifestações da “*abordagem mais económica*” aos comportamentos empresariais restritivos da concorrência que serve de mote à “modernização” do Direito europeu da concorrência³⁸.

³⁷ Para uma abordagem das questões tipológicas que podem resultar desta disjunção, ver (MORAIS, 2009b).

³⁸ O que resulta, desde logo, do programa substantivo proposto no Livro Branco de 1999.

É, assim, uma manifestação da plasticidade das normas fundacionais e da capacidade de adaptação da interpretação do texto normativo à evolução do pensamento jurídico e económico através do qual se concretiza a sua aplicação³⁹.

Mas o mote da “abordagem mais económica” enquanto pedra-de-toque da modernização do Direito europeu da concorrência leva-nos igualmente a suscitar algumas questões: alguma vez as questões económicas não foram o *alfa* e o *ómega* do Direito europeu da concorrência ou, pelo contrário, quando se alude à abordagem mais económica, o que se pretende é a utilização de mais instrumentos da ciência económica na aplicação das regras de concorrência e o afastamento de parâmetros de aplicação das normas assentes em formulas e presunções que impliquem uma abordagem “formalista”, assente em presunções e sem qualquer validação económica?

Com efeito, o Direito europeu da concorrência é, na sua essência, um corpo normativo que assenta num conjunto de pressupostos relativos ao funcionamento dos mercados, por sua vez decorrentes de uma certa compreensão prévia do modelo de organização económica da sociedade – neste sentido, é um corpo normativo inerente a uma determinada conceção de constituição económica e tem no seu modo de aplicação e, até, de legitimação, preocupações essencialmente económicas, enquanto modo de predeterminação do comportamento dos indivíduos (enquanto “empresas”) no exercício de atividades de oferta e procura de bens e serviços num determinado mercado⁴⁰.

Mas a compreensão prévia do Direito da concorrência como um fenómeno de resposta do sistema jurídico à realidade económica e ao modo como a Sociedade aceita ou pretende que essa realidade se conforme através de um conjunto de regras que determina o modo como os agentes económicos se devem comportar numa economia de mercado livre, não implica

³⁹ Ver (KORAH, 1994).

⁴⁰ Para uma análise económica introdutória ao conceito de mercado, ver (ARAÚJO, 2005, p. 62 e ss.). Ver, igualmente, (FERRO, 2015, p. 247 e ss.), para uma introdução à importância da discussão da definição de mercados em Direito da Concorrência.

necessariamente que o modo de aplicação dessas regras seja, igualmente, um fenómeno essencialmente económico. É aqui que entendemos que pode ser colocado o fulcro do debate em torno da “abordagem mais económica” ao Direito europeu da concorrência.

Com efeito, se a permanência ou relativa imutabilidade da letra das regras de concorrência nos textos dos Tratados fundacionais das Comunidades e da União se mantém como característica do corpo normativo substantivo do Direito europeu da concorrência, a integração dessas regras resultante da sua aplicação prática pelas instituições comunitárias, em especial a Comissão e o Tribunal de Justiça (mas, também, das autoridades nacionais, tanto administrativas como judiciais, que a partir da modernização institucional de 2003, passaram a poder aplicar o n.º 3 do artigo 101.º⁴¹), tem dado testemunho da evolução do pensamento jurídico e económico em torno dos objetivos, fins e limitações do Direito da Concorrência, por um lado, e quanto aos instrumentos que devem ser utilizados na sua aplicação, por outro.

O processo de modernização do Direito europeu da concorrência, que se manifestou nos mais diversos domínios, dos acordos horizontais ao regime dos auxílios de Estado, no que respeita à aplicação do artigo 101.º TFUE aos acordos horizontais revela um debate interno intenso que coloca o cerne da discussão nas fronteiras da distinção da natureza das infrações por objeto e por efeito.

Em particular, essa fronteira tem sido palco de intenso escrutínio doutrinal e jurisprudencial em torno do que muitos poderão qualificar como um

⁴¹ Embora já de aplicação previamente à adoção do Regulamento 1/2003, é a introdução da descentralização plena da aplicação do artigo 101.º, pela atribuição de efeito útil ao n.º 3, impondo assim a sua aplicação pelas autoridades nacionais – o que até aí era do domínio exclusivo da Comissão – que contribui decisivamente para a aplicação do Direito europeu da concorrência pelas autoridades nacionais. Esta solução – que transfere para as autoridades nacionais um importante papel na aplicação do Direito europeu da concorrência, e que introduz, no quadro da Rede Europeia de Concorrência, a aplicação multilateral do direito europeu da concorrência – pressiona a aplicação uniforme do Direito da concorrência na União Europeia, para o que se revela necessária uma linguagem “comum” que facilite essa uniformidade e, simultaneamente, uma progressiva osmose entre os direitos europeu e nacionais da concorrência.

preconceito favorável às infrações por objeto por parte das instituições responsáveis pela aplicação das regras de concorrência⁴². Com efeito, é perceptível, em muitos dos autores que advogam a abordagem dos efeitos na aplicação das regras de concorrência, uma crítica ao papel da Comissão – e por arrasto, das autoridades nacionais – ao recurso excessivo do conceito de infração por objeto e ao enquadramento nos seus limites de um conjunto de comportamentos cujo efeito restritivo, se analisado concretamente, poderá ser discutível⁴³; para mais, quando é a própria Comissão a invocar a introdução das considerações de eficiência económica na aplicação das regras de concorrência europeias⁴⁴.

⁴² Ver (GERADIN et al., 2012, p. 134 e ss.) e (PETIT, 2013, p. 218 e ss.).

⁴³ Podendo, no caso concreto, evidenciar uma opção entre a subaplicação da proibição (conduzindo a situações em que uma prática restritiva da concorrência não é sancionada, i.e., situações de “falsos negativos” ou erros de Tipo II) ou de aplicação excessiva (conduzindo a proibição de comportamentos que não são restritivos da concorrência, também designados de resultados “falsos positivos” ou erros de Tipo I). Esta análise dependerá da posição que se assuma perante o conteúdo da própria proibição e da sua concretização. Uma abordagem restritiva do conceito de “restrição por objeto”, assente, e.g., na delimitação da “*object box*” proposta por Richard Whish – ver (WHISH & BAILEY, 2015, p. 124 e ss.) – pode tornar a aplicação da proibição a comportamentos que não tenham sido previamente qualificados como tal pela jurisprudência mais difícil, e assim conduzir a uma situação de subaplicação; pelo contrário, a extensão desta qualificação a comportamentos não tipificados (e.g., trocas de informação), bem como a qualificação das restrições por objeto como uma categoria formal análoga às “*infrações de perigo*” (neste sentido ver, e.g., as Conclusões da Advogada-Geral Juliane Kokott, no processo *T-Mobile*, n.º 47), pode conduzir ao resultado inverso, para além de poder constituir uma “fuga para o formalismo” que parece dever ser afastada pelas motivações subjacentes ao processo de modernização do Direito europeu da concorrência. Ver (GERARD, 2012; JONES, 2010b). Em todo o caso, estamos perante um dos reflexos do processo evolutivo da aplicação do Direito da Concorrência, que – para outras circunstâncias e noutro ordenamento jurídico – foi assim traduzido por (AREEDA, 1990): “*as with most instances of judging by catch-phrase, the law evolves in three stages: (1) an extreme case arises to which a court responds. (2) the language of the response is then applied – often mechanically, sometimes cleverly – to expand the application. With too few judges experienced enough with the subject to resist, the doctrine expands to the limits of its language, with little regard to policy. (3) such expansions ultimately become ridiculous, and the process of cutting back begins*”.

⁴⁴ Neste sentido, ver (GERARD, 2012, pp. 18-22): “*a tension has therefore surfaced between the body of old cases reflecting a ‘pre-modern’ reasoning and the approach advocated by the Commission. That tension has then contributed to a growing perception that modernization enabled the Commission to secure increased discretion in enforcing competition rules, while also affecting the legitimacy of the substantive modernization process.*”

É certo que se reconhecerá nesse recurso um claro interesse processual ou administrativo, atento o menor grau perceptível de recursos que uma infração por objeto acarreta do ponto de vista da investigação, mas não deixa de ser verdade que a clara preferência administrativa por este tipo de infrações tem contribuído⁴⁵, por um lado, para uma certa diluição dogmática das infrações por objeto e, em contrapartida – e quanto a nós, mais relevante questão – a um claro confronto com o Tribunal no cerceamento e redefinição – nem sempre acertados ou felizes – do que poderá ser caracterizado como um excessivo recurso a tal caracterização de comportamentos empresariais como restritivos da concorrência pelo seu objeto. E, por essa via, colocando a tónica nos objetivos e limites do Direito da concorrência na definição das fronteiras do que possa ser considerado como um comportamento *objetivamente* restritivo da concorrência.

Por outro lado, não deixa de ser relevante que, imputando-se à Comissão Europeia esse enviesamento ou *preferência* processual pelas (aparentemente) mais facilmente demonstráveis infrações por objeto, não deixe igualmente de ser esta a instituição motriz do processo de modernização do Direito europeu da concorrência, confrontando-se assim uma posição dogmaticamente favorável à modelação da política de concorrência por parâmetros de racionalidade económica e de *desformalização* (neste contexto entendida como uma fuga à aplicação das regras de concorrência através de presunções de dano concorrencial), com uma aplicação das regras de defesa da concorrência que tende, ainda, a refugiar-se na identificação de infrações por objeto⁴⁶. Algumas

⁴⁵ Ver, a este respeito, o levantamento das decisões adoptadas pela Comissão entre 2000 e 2011 por (GERARD, 2012, p. 12).

⁴⁶ A “object box” nada mais é do que uma tentativa de categorização dos comportamentos que são considerados objetivamente restritivos da concorrência. Esta categorização, a que regressaremos adiante, tanto pode oferecer a vantagem de permitir uma identificação prévia dos comportamentos que podem ser considerados restritivos pela sua natureza, *independentemente* dos efeitos restritivos que possam ser identificados (ou não), como ser considerada uma forma de limitação da noção de *infração por objeto* a um número limitado de comportamentos cujo grau de perniciiosidade não merece debate. Para além disso, haverá que compreender a articulação de uma posição mais ou menos redutora do conceito de infração por objeto com o recurso ao balanceamento económico previsto no n.º 3 do artigo 101.º.

das recentes decisões da Comissão e o modo como o Tribunal de Justiça as encarou são exemplo, quanto a nós claro, desse confronto⁴⁷.

A compreensão do processo de modernização do Direito europeu da concorrência e as suas consequências na aplicação dos princípios e normas que o compõem implica um percurso preliminar pelas origens e objetivos das normas do Tratado de Roma, que instituiu as regras da concorrência na constituição económica da Comunidade Económica Europeia, primeiro, e da União Europeia depois.

Em certa medida, pressupõe-se um regresso aos compromissos históricos que encontramos na origem das normas do Tratado, e da estrutura institucional que permitiu a sua aplicação, e que temperam, de certa forma, o discurso sobre os objetivos do Direito europeu da concorrência. De facto, as normas originais do Tratado de Roma são o resultado de um compromisso franco-alemão, entre a dimensão normativo-dogmática influenciada pelo pensamento ordoliberal⁴⁸, e o

⁴⁷ Ver, em especial o confronto entre as posições assumidas pela Comissão (e pelo Tribunal de Justiça) no Acórdão *MasterCard*, que será atualmente o arquétipo de uma decisão de proibição de uma restrição *por efeito*, e no Acórdão *Groupement des Cartes Bancaires*, onde a conclusão por uma restrição por objeto foi invalidada pelo Tribunal de Justiça em sede de recurso. Ambos os acórdãos, proferidos no mesmo dia, encerram no essencial as linhas jurisprudenciais de aplicação da dicotomia das restrições *por objeto* e *por efeito*, e a eles regressaremos adiante.

⁴⁸ A referência semântica do ordoliberalismo encontra-se na *ordo* ou *ordem natural* da filosofia escolástica, tendo servido de título à revista “ORDO”, fundada em 1948 por Franz Böhm e Walter Eucken, que se tornaria um bastião do pensamento ordoliberal e uma das mais respeitadas revistas germânicas de política económica. No essencial, o ordoliberalismo procura ultrapassar o constrangimento passivo inerente ao liberalismo clássico, argumentado que se é ao mercado que compete determinar o equilíbrio das relações económicas, é ao Estado que compete promover e proteger o seu funcionamento, através de normas que protejam o processo concorrencial, tanto da intervenção política como da influência das grandes empresas. Este conceito de “constituição económica” ganha conteúdo na Alemanha de Weimar, onde, na cidade de Friburgo, economistas (como Walter Eucken) e juristas (como Franz Böhm e Hanns Grossmann-Doerth) analisam os problemas económicos e políticos que grassam na nascente República e concluem pela necessidade de um ordenamento jurídico e institucional forte que garanta o funcionamento do processo concorrencial contra a tradição cartelista da economia alemã; embora naturalmente dormente no período da ditadura Nazi, o pensamento ordoliberal voltaria ter influência decisiva na reconstrução pós-1945, até pela imposição norte-americana de normas e instituições liberais, que assim encontravam um substrato “local” que facilitava a sua introdução. Ver (GERBER, 1994a, p. 25 e ss.; JOERGES, 2004; NÖRR, 1996b). Para uma perspetiva global (histórico-política)

pragmatismo da liberdade de ação nacional no que respeita à definição da política económica⁴⁹: assim, o encerramento num texto fundacional, quasi-

do desenvolvimento do neoliberalismo e ordoliberalismo alemão, ver o conjunto de estudos publicados em (CALDWELL & SCHEUERMAN, 2000).

⁴⁹ Como já referimos, o Tratado CECA estabelecia já normas de defesa da concorrência, naturalmente restritas ao objeto do Tratado, mas reflexo de uma compreensão da defesa da concorrência como instrumental à prosperidade coletiva dos seis membros fundadores; assim, não só a defesa da concorrência era considerada como fim a prosseguir pela Comunidade (ou seja, a promoção da concorrência não falseada era um objetivo a prosseguir através deste processo de integração económica, por se considerar que seria um modelo de organização de mercado mais adequado), mas também como instrumento ou meio para prosseguir os fins da própria integração (garantindo assim a existência de instrumentos jurídicos adequados à remoção de obstáculos de natureza privada – como acordos entre empresas ou comportamentos monopolizantes – à integração dos mercados do carvão e do aço almejada pelo Tratado de Paris). É este *rationale* (que informa ainda hoje o debate sobre os objetivos ou fins das normas de defesa da concorrência na União Europeia) que justifica os artigos 65.^º e 66.^º do Tratado CECA, que proibem tanto acordos como abusos de posição dominante (incluindo nestes a regulação das questões relacionadas com concentrações de empresas no sector do carvão e do aço), e a sua aplicação por uma “Alta Autoridade”, antepassada direta da Comissão Europeia, de natureza tecnocrática e independente dos Estados-Membros. Sem prejuízo do que adiante referiremos, não podemos deixar de chamar desde já à colação a similitude das normas de defesa da concorrência que encontramos no Tratado CECA, e que informarão as normas do Tratado CE, com as secções 1 e 2 do *Sherman Act*, resultado afinal de encontrarmos entre os principais fautores do processo de integração Jean Monnet, que viria a ser o primeiro presidente da Alta Autoridade da CECA. Monnet, que durante os anos da II.^a Guerra Mundial (aliás, desde agosto de 1940) representou os interesses do *British Supply Council* (antes de assumir a liderança do *French Supply Council*, uma agência idêntica que seria constituída para suportar as forças da “França Livre” na sequência da *debacle* de maio de 1940) nos Estados Unidos e transformar-se-ia num consultor oficioso do Presidente Franklin Roosevelt; grande conhecedor da realidade norte-americana e dos impulsos que a administração Roosevelt deu à implementação do *Sherman Act* (pense-se, por exemplo, no *Robinson-Patman Act* de 1936), Monnet reconheceu que a introdução de normas de defesa da concorrência num instrumento como o Tratado CECA, que visava garantir a paz duradoura no continente europeu, tinha por objetivo dismantlar e impedir o recrudescimento dos poderosos cartéis industriais do vale do Ruhr os quais, tolerados e regulados desde o advento do II Reich de Bismarck, haviam estado entre os principais financiadores e apoiantes do regime Nazi. Ver (MONNET, 1976). Por outro lado, o recurso a consultores norte-americanos, como o Professor de Harvard Robert R. Bowie ou o advogado George Ball para a preparação do projeto CECA tem sido igualmente sublinhado (ver, neste sentido, (GERBER, 1998, pp. 338-339). De facto, Robert Bowie era um reconhecido especialista em Direito empresarial e *Antitrust* da Faculdade de Direito de Harvard, tendo servido entre 1950 e 1951 como consultor especial do Alto Comissário dos Estados Unidos na Alemanha, John McCloy (refira-se, aliás, que as relações de Bowie – que posteriormente, servindo como assessor do Secretário de Estado Dulles, teria um papel fundamental na definição da política externa norte-americana durante a Guerra Fria – com a reconstrução alemã e europeia do pós-guerra são anteriores, tendo servido como assessor do General Lucius Clay, Governador Militar adjunto da Alemanha, até 1946. Posteriormente, no seu centésimo aniversário, foi-lhe atribuída a Ordem de Mérito da República Federal Alemã pelo seu trabalho em prol da reconciliação franco-alemã, da integração europeia e da reunificação da Alemanha); já George Ball, advogado e um dos

constitucional, das normas de defesa da concorrência, com claras reminiscências da *constituição económica* ordoliberal, refletida no então artigo 3.º, al. f) do Tratado de Roma, nos termos do qual a ação da Comunidade contemplaria “*um regime que garanta que a concorrência não seja falseada no mercado comum*”⁵⁰, determina igualmente uma configuração da estrutura normativa que define esse mesmo regime e pela proibição dos acordos entre empresas, dos abusos de posição dominante, enquanto a ausência de quaisquer referências aos mecanismos institucionais ou regulamentares que deveriam garantir o efeito útil destas disposições permitia deixar suficiente espaço de manobra na configuração infraconstitucional dos elementos institucionais necessários à efetiva implementação das regras de concorrência do Tratado⁵¹.

Tais equilíbrios – necessários num texto cuja dimensão fundacional não permite ignorar a natureza compromissória, *schmittiana*⁵², que o Tratado de Roma, enquanto Tratado-quadro, não podia deixar de revestir⁵³ - colocam a

fundadores da prestigiada sociedade de advogados norte-americana Cleary Gottlieb, era assessor jurídico do *French Supply Council*, a agência dirigida por Jean Monnet em Washington que serviu não só para gerir o apoio militar norte-americano às forças da “França Livre”, como para canalizar o apoio financeiro norte-americano ao esforço de reconstrução francês no pós-Guerra. G. Ball acabaria por assessorar Monnet na implementação do “Plano Marshall”, nomeadamente através da criação da Organização Europeia de Cooperação Económica, tendo estado igualmente envolvido, até 1949, na preparação do Tratado CEECA. Ver (WALL, 1991a, 1991b). Posteriormente, George Ball continuaria, através da sua sociedade de advogados, a assessorar as Comunidades Europeias na sua fase inicial.

⁵⁰ Ver o artigo 3.º, al. f) do Tratado CEE, posteriormente o artigo 3.º, n.º 1 do Tratado CE. Quanto ao desaparecimento desta norma dos atuais Tratados (da União Europeia e TFUE), substituída por um *Protocolo relativo ao mercado interno e à concorrência*, ver infra, capítulo 2-4.

⁵¹ Ver (GERBER, 1998, p. 347). Neste sentido, o artigo 84.º do Tratado CE (atual artigo 104.º TFUE) determinava que caberia às autoridades nacionais aplicar as disposições previstas nos artigos 81.º e 82.º até à aprovação pelo Conselho das disposições regulamentares necessárias; dito de outro modo, na ausência de um consenso entre os Estados-Membros – numa matéria e num momento onde se exigia a unanimidade para a adoção de decisões – as disposições do Tratado em matéria de defesa da concorrência passariam sempre por um crivo de aplicação nacional, o que em retrospectiva (e na ausência das decisões que estiveram na base da adoção do Regulamento 17/62), teria ditado um destino diferente ao Direito europeu da concorrência.

⁵² Por referência às normas constitucionais compromissórias referidas por (SCHMITT, 2008). Ver, entre nós a propósito deste método, (AMARAL, 1996, p. 189).

⁵³ Ver (GONÇALVES PEREIRA & FAUSTO DE QUADROS, 2015, p. 182 e ss.).

tónica, por um lado, nos objetivos fundacionais da instituição de regras de defesa da concorrência no Tratado e, por outro, na evolução que tais objetivos sofreram ao serem objeto de aplicação não pelos “Senhores dos Tratados”, os Estados, mas sim pelas suas “criaturas” institucionais, em especial a Comissão Europeia e o Tribunal de Justiça.

Em simultâneo, a discussão em torno dos objetivos do Direito europeu da concorrência não pode ser tida em isolamento do debate global em torno dos objetivos das regras de defesa da concorrência⁵⁴.

Com efeito, a multiplicação de regimes de defesa da concorrência em torno de determinados princípios e regras reconhecíveis pela generalidade dos seus cultores como partindo de um denominador mínimo comum, e que permitem hoje falar abertamente da *globalização* do Direito da Concorrência, dão destaque a um debate intenso sobre os fins das regras de defesa da concorrência e os objetivos, económicos ou de *política económica*, que lhe subjazem, para além das questões eminentemente práticas decorrentes da aplicação de regimes legais divergentes a operações empresariais transnacionais.

Esta questão – que não abordaremos aqui em maior detalhe – traz, todavia, à colação que um dos reflexos da necessidade de colaboração internacional entre autoridades responsáveis pela aplicação do Direito da Concorrência resulte, igualmente, num estreitar do fosso que as características e tradições dos sistemas nacionais poderiam, de outro modo, manter intacto⁵⁵.

⁵⁴ Ver o levantamento das principais questões, numa perspectiva de reforma institucional, em (OCDE, 2003). No que respeita à globalização do Direito da Concorrência, ver (GERBER, 1999, 2010b) e (WHISH & BAILEY, 2015, p. 506 e ss.).

⁵⁵ Para um resumo do debate em torno dos avanços da cooperação internacional no que respeita à aplicação do Direito da Concorrência, ver (DABBAH, 2003).

2. OS OBJETIVOS DO DIREITO DA CONCORRÊNCIA

Quais as razões que levaram os autores dos Tratados fundadores – o Tratado de Paris, que institui a Comunidade Europeia do Carvão e do Aço, primeiro, e o Tratado de Roma, que instituiu a Comunidade Económica Europeia, depois – a introduzir no quadro programático da integração económica a defesa da concorrência? Porque é que tais tratados – enquanto atos convencionais entre Estados soberanos – introduziram regras que se destinavam, primariamente, aos cidadãos e empresas desses Estados, e que viriam a estar na origem da criação e desenvolvimento jurisprudencial dos princípios fundamentais da Ordem Jurídica Comunitária, os princípios do efeito direto e do primado das normas do Direito comunitário?

Essas questões ainda hoje permeiam grande parte dos trabalhos científicos desenvolvidos em torno dos objetivos do Direito europeu da concorrência, matéria que pela sua finalidade é essencial para melhor compreender muitas das opções com que adiante nos depararemos no nosso inquérito em torno da natureza das restrições da concorrência pelo seu objeto ou efeito⁵⁶.

Desde logo, porque a determinação dos objetivos do Direito europeu da concorrência, e no contexto do nosso estudo, das regras que proíbem os acordos entre empresas que restrinjam a concorrência, servirá como elemento norteador da determinação e integração dos conceitos abstratos que compõem tais regras (*o que é um acordo? o que é uma restrição da concorrência? que concorrência?*); depois, porque servirão para balizar o escrutínio às opções – jurisprudenciais e administrativas – adotadas na sua aplicação concreta.

A resposta a estas questões – muito embora fáceis de formular – reveste alguma dificuldade. No contexto política e economicamente ambivalente do

⁵⁶ Ver, e.g., (AKMAN, 2009a, 2009b; ANDRIYCHUK, 2010a, 2010b; BUTTIGIEG, 2005; KERBER, 2007; VAN ROMPUY, 2012).

processo de integração económica, as regras de defesa da concorrência dos Tratados apresentam uma permanência textual notável, se bem que temperada por uma aplicação prática igualmente notável pela sua capacidade de acomodação da evolução do pensamento jurídico e económico.

Deparamo-nos com engulhos sérios na própria avaliação do processo histórico de consolidação e desenvolvimento do Direito europeu da concorrência, quando nos confrontamos com a impossibilidade de, ao longo desse período, não ser possível assacar-lhe apenas um objetivo ou finalidade principal no modo como foi sendo aplicado e interpretado.

Com efeito, há que ter em conta as várias finalidades, de natureza económica, jurídica e até política, que lhe podem ser assacadas, e devemos ter em conta que, no contexto da integração europeia, cada um desses elementos, embora em diferentes dimensões, teve uma contribuição específica para o desenvolvimento do Direito da concorrência⁵⁷. Por outro lado, a própria origem (não apenas geográfica, mas também ideológica), da análise pode temperar tais objetivos, ou colocá-los em rota de colisão ou contradição inultrapassável com outras finalidades que igualmente possam ser consideradas⁵⁸. Finalmente, também aqui, a distinção ontológica e gnosiológica, entre o ser e o dever ser do Direito europeu da concorrência e modo como este foi sendo modelado pela política de concorrência, assume especial relevância.

Assim, o nosso “lugar ideológico” pode impedir ou dificultar a aceitação de objetivos que possam contrariar a finalidade dogmática que procuramos assacar a um sistema de regras que vise garantir a defesa da concorrência: aqueles que procuram respaldo no ordoliberalismo como matriz ideológica para

⁵⁷ Vejam-se os contributos recolhidos na sequência da 5.ª conferência da ASCOLA (*Academic Society for Competition Law*), dedicada aos objetivos do Direito da Concorrência, em (AAVV, 2012). Ver, igualmente, (PARRET, 2010; VAN ROMPUY, 2012, pp. 121-210).

⁵⁸ Para uma análise dos trabalhos preparatórios dos Tratados fundadores, reveladora dos compromissos políticos que influenciaram o texto que ainda hoje reconhecemos nos artigos 101.º e 102.º, ver (CHIRITA, 2014).

as regras de defesa de concorrência poderão encontrar algumas dificuldades na conciliação da defesa da liberdade económica com a prossecução do bem-estar do consumidor ou, noutros termos, na eficiência económica como elemento norteador da aplicação das normas⁵⁹.

Neste contexto, alguns autores falarão mesmo num “ataque” à recondução dos objetivos do Direito europeu da concorrência à promoção da eficiência económica em resultado da revisão (nem sempre positiva) da abordagem mais económica e do cada vez mais importante papel da análise económica na sua aplicação e desenvolvimento dogmático⁶⁰.

Assim, pode-se alegar que uma orientação dogmática centrada apenas (ou principalmente) na promoção da eficiência económica pode prejudicar a dimensão teleológica da garantia da liberdade de concorrência, ou *wettbewerbsfreiheit*, enquanto elemento central da dimensão normativa da defesa da concorrência enquanto elemento de uma constituição económica ordoliberal. Para os defensores desta posição, o objetivo do Direito da concorrência não pode ser o aumento (ou garantia) da eficiência económica, mas sim a manutenção (ou reposição) da liberdade de concorrência, enquanto que para outros a assunção da eficiência como a única preocupação do Direito europeu da concorrência poderia ser mesmo incompatível com os artigos 101.º e 102.º TFUE⁶¹; em contrapartida, podemos também discutir se a recondução da posição ordoliberal à garantia da liberdade de concorrência não é ela própria reducionista, em resultado da recondução do pensamento ordoliberal à garantia da *liberdade para concorrer* ínsita aos parâmetros liberais que tiveram maior

⁵⁹ Neste sentido, ver (GORMSEN, 2007). Seguindo o mesmo diapasão, (AKMAN, 2009b).

⁶⁰ Ver (MAIER-RIGAUD, 2012). No que respeita à dimensão polissémica da “eficiência económica” e das várias realidades, por vezes contraditórias, que aí se reconduzem, ver (KERBER, 2007, pp. 93-120)

⁶¹ Ver (HOPPMANN, 1988), e igualmente, (AHLBORN & GRAVE, 2006; AKMAN, 2009b; MÖSCHEL, 1989). Finalmente, concluindo que o Direito europeu da concorrência não pode ter o dano para o consumidor como teste último da natureza restritiva de comportamentos empresariais, ver (SCHWEITZER, 2008, p. 162).

pendor nos desenvolvimentos dogmáticos do Direito da Concorrência a nível europeu⁶², em especial na sequência da introdução da lei alemã de defesa da concorrência em 1958⁶³.

⁶² Como refere MAIER-RIGAUD (ob. cit., p. 136), *“the goal of ordoliberal competition policy is the preservation of a free society. This is to be achieved by the systematic elimination of private economic power concentrations and more specifically the establishment and enforcement of ‘complete competition’. Under complete competition, not only the negative repercussions of market power are checked allowing a more efficient allocation but, and this is of central importance in ordoliberal thought, a free society is preserved as the state can no longer fall prey to powerful private economic interests. In particular, this latter reason for a strong stance vis-à-vis any form of market power has been ignored and replaced by the more or less absolute goal of preserving the freedom to compete as a raison d’être for competition law by neoliberals”*. Convirá notar que já durante a República de Weimar, a Alemanha havia introduzido legislação específica sobre cartéis, embora no sentido da sua regulação e incorporação no sistema jurídico-económico, garantindo que os mesmos prosseguiriam a sua missão sem incorrer em abusos que prejudicassem o efeito económico positivo que lhes era imputado, permitindo ao Governo atuar contra cartéis cujo modo de atuação prejudicasse o interesse público: significativamente, esta legislação permitia que se atuasse em relação a cartéis que afetassem a economia ou o bem-estar geral, através de comportamentos abusivos (i.e., assentes na utilização do poder económico de forma a prejudicar o interesse público) não justificados pela situação económica. O sistema então implementado – e que se revelaria de fraco sucesso – permitia ao Ministério da Economia, uma vez identificado um cartel que fosse considerado contrário ao interesse público: (i) requerer ao Tribunal de Cartéis a anulação do acordo de cartel; (ii) ordenar que fosse permitido a um membro do cartel retirar-se do mesmo, sem sofrer qualquer retaliação ou penalização; (iii) impor que o cartel apenas fosse considerado válido após validação pelo Ministério. Ver (GERBER, 1998, pp. 115-152).

⁶³ O próprio quadro de incentivos da Alemanha, relativos à introdução de regras de concorrência nos Tratados de Paris e de Roma, não pode deixar de ser considerado ambivalente, pelo menos numa fase inicial, sendo que a introdução de regras da concorrência naquela que se designava historicamente por “terra dos cartéis” (BASEDOW, 2008), não pode deixar de ter sido recebida com alguma renitência, uma vez que a historicamente as preocupações essenciais relacionavam-se com os comportamentos abusivos dos cartéis, e não necessariamente com a sua existência. Para uma análise das regras de concorrência alemãs nas décadas anteriores à 2.ª Guerra Mundial e à posterior ocupação aliada, ver (NÖRR, 1996a; SCHWARTZ, 1957). Com efeito, a lei alemã contra restrições do comércio, a GWB de 27 de julho de 1957 (e que entrou em vigor pouco depois da assinatura do Tratado de Roma), surge num contexto de forte influência e controlo norte-americano, que desde 1945 havia imposto um conjunto de medidas visando a eliminação de carteis (e por essa via, a desnazificação) da economia alemã. Em especial, os representantes dos Estados Unidos consideravam que um dos elementos que ajudou a consolidação do poder nazi e a construção do complexo industrial-militar que permitiu à Alemanha desencadear o conflito em 1939 era o elevado grau de concentração e cartelização da economia alemã. Não por acaso, uma das primeiras medidas legislativas do Governo Militar Americano foi a proibição da concentração de poder económico que pudesse ser empregue pela Alemanha em novos atos de agressão política ou económica (a Lei n.º 56 do Governo Militar dos Estados-Unidos, de 28 de janeiro de 1947, aplicável na zona sob controlo norte-americano), e a introdução de uma lei federal de defesa da concorrência serviu igualmente de penhor para a devolução plena de soberania à República Federal Alemã. Todavia, como nota (BUXBAUM, 2005, p. 479): *“a comparison of U.S. antitrust laws and the GWB reveals significant differences. To begin with, the GWB contains a number of exceptions, unfamiliar to U.S. law, that were critical to its passage in the*

O que pretendemos no presente ponto é, assim, introduzir a discussão em torno dos objetivos do Direito da concorrência como preâmbulo ao debate em torno dos objetivos do Direito europeu da concorrência, colocando a pedra-de-toque na dimensão dinâmica, e não estática, das conclusões que se possam retirar deste debate; com efeito, a evolução do debate demonstra tanto a permeabilidade como a flexibilidade do Direito europeu da concorrência à aceitação de vários objetivos a prosseguir, conquanto com graus de prioridade fluídos e que se vão modificando ao longo do tempo, tendo em conta a consolidação evolutiva dos princípios fundamentais, os contributos da ciência económica e os próprios interesses institucionais, que podem estar na origem na necessidade de respaldar outros objetivos, porventura menos importantes outrora.

2.1. Os objetivos do Direito da Concorrência e as noções de eficiência e bem-estar

A modernização do Direito europeu da concorrência assente numa abordagem mais económica parece colocar a definição dos ganhos de bem-estar do consumidor como o principal objetivo das regras de concorrência, servindo

1950s. These exceptions authorize, among other arrangements, "rationalization cartels" (agreements designed to promote technological progress or increase the efficiency of the members) and "structural crisis" cartels (agreements designed to prevent the loss of business due to short-term declines in demand). The inclusion of such provisions reflected the political compromise reached between proponents of a more U.S.-modelled system and supporters of cartels as a sometimes-necessary institution of the German economy. More generally, the GWB has a different substantive focus than U.S. antitrust law: while U.S. law prohibits firms from deliberately attaining (or attempting to attain) monopolistic power, the GWB condemns only the abusive use of market-dominant power. In addition, the systems have substantially different theoretical orientations. U.S. antitrust law constitutes a set of justiciable rules enforced in the courts as well as by administrative agencies; the GWB, on the other hand, grants the Federal Cartel Office discretionary authority to regulate conduct that amounts to abuse of market dominant power. These differences highlight the extent to which the GWB is not a mere transplantation of U.S. law, but an expression of the German competition philosophy built on the ordoliberal foundation." Ver, igualmente, (GERBER, 1998, p. 278; MURACH-BRAND, 2004). Note-se que o paradigma da concorrência como garantia de liberdade e da autonomia empresarial continua a ser um elemento essencial na interpretação e definição dos objetivos da defesa da concorrência, em especial na doutrina germânica. Ver, e.g., (DREXL, 2009, 2011; KÜNZLER, 2008; ZÄCH & KÜNZLER, 2010).

até como elemento legitimador da aplicação das normas⁶⁴, e como veremos adiante, de fator de harmonização interpretativa num sistema de aplicação descentralizada⁶⁵; com efeito, a supressão ou afastamento de considerações não relacionadas com a eficiência económica alvoram a abordagem mais económica a um elemento substantivo nuclear das regras de concorrência, mais do que a um mero instrumento metodológico de aplicação das regras⁶⁶.

Todavia, os objetivos potenciais que podem ser prosseguidos por regras que têm por âmbito de aplicação o comportamento das empresas numa economia de mercado podem ser vastos; a abordagem mais económica é, assim, uma das possibilidades disponíveis de concretizar o elemento sistemático necessário para garantir a coerência interna deste sistema normativo, mas não a única: a promoção do crescimento económico, a luta contra os grandes conglomerados empresariais (ou o seu fomento...) e a proteção dos pequenos operadores económicos também podem ser colocados no mesmo patamar, assim

⁶⁴ Ver, por exemplo, o n.º 13 das Orientações da Comissão relativas à aplicação do n.º 3 do artigo 81.º do Tratado, JO C 101, de 27.4.2004, adiante “Orientações sobre o artigo 101.º, n.º 3”: “*O artigo 81.º tem por objetivo proteger a concorrência no mercado, como forma de reforçar o bem-estar dos consumidores e de assegurar uma eficiente afetação de recursos. A concorrência e a integração do mercado servem estes objetivos, na medida em que a criação e a preservação de um mercado único aberto promove uma afetação de recursos eficiente em benefício dos consumidores*”. Também o *Discussion Paper da Direcção-Geral da Concorrência da Comissão sobre a aplicação do artigo 102.º TFUE a abusos por exclusão*, de dezembro de 2005, segue o mesmo diapasão: “*with regard to exclusionary abuses the objective of Article 82 is the protection of competition on the market as a means of enhancing consumer welfare and of ensuring an efficient allocation of resources. Effective competition brings benefits to consumers, such as low prices, high quality products, a wide selection of goods and services, and innovation. Competition and market integration serve these ends since the creation and preservation of an open single market promotes an efficient allocation of resources throughout the Community for the benefit of consumers*” (n.º 4), disponível em <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/discpaper2005.pdf>. Do mesmo ano, o relatório do *Economic Advisory Group on Competition Policy*, também da Comissão, propunha uma “abordagem mais económica” ao artigo 102.º: “*An economic approach to Article 82 focuses on improved consumer welfare. In so doing, avoids confusing the protection of competition with the protection of competitors and it stresses that the ultimate yardstick of competition policy is in the satisfaction of consumer needs*”. (p. 2), disponível em http://ec.europa.eu/dgs/competition/economist/eagcp_july_21_05.pdf.

⁶⁵ Como se refere no Livro Branco de 1999, a Comissão considera que o artigo 101.º, n.º 3 tem por objetivo “*fornecer um quadro jurídico para a apreciação económica dos acordos e não em permitir evitar a aplicação das regras de concorrência devido a considerações políticas*” (n.º 57).

⁶⁶ Ver (GERBER, 2008).

como a inserção das regras da concorrência num contexto mais amplo de instrumentos de política económica disponíveis ao decisor político, são igualmente elementos que encontramos plasmados na caracterização histórica do Direito da concorrência e na identificação dos objetivos que, expressa ou implicitamente, foram sendo prosseguidos ou são suscetíveis de se enquadrar no seu programa dogmático.

Acresce ainda que a identificação do bem-estar do consumidor como objetivo principal do Direito da concorrência é, também, o resultado de uma interligação inevitável entre os conceitos jurídicos e económicos que estão na sua base e, no que respeita a estes últimos, a necessidade de acomodar os desenvolvimentos da análise económica e a sua tradução para os padrões de compreensão jurídico-normativos⁶⁷; desde logo, porque implica uma aceitação – também ela não pacífica ou consensual – sobre o que se entenda ser o bem-estar do consumidor, amiúde traduzindo – como, no essencial, pela Escola de Chicago – o bem estar geral ou total⁶⁸.

⁶⁷ Ver (WHITE, 2010a, 2010b). O autor identifica duas vias essenciais pelas quais a ciência económica pode influenciar o Direito da Concorrência: por um lado, pelo desenvolvimento da teoria económica, e por outro, pelo papel e intervenção dos economistas na aplicação das regras. Se, no que ao primeiro aspeto importa, é possível identificar um claro atraso entre o momento em que os desenvolvimentos da ciência económica tornam-se maioritários e o momento em que a aplicação das regras é por eles modelado, no segundo é notório o crescimento do papel dos economistas, seja no âmbito das próprias agências administrativas, seja no seu recurso pelos Tribunais. Ver, igualmente, (AREEDA & HOVENKAMP, 2006; GELLHORN & KOVACIC, 1994; HILDEBRAND, 2009; KOVACIC & SHAPIRO, 2000; Roger VAN DEN BERGH & CAMESASCA, 2006).

⁶⁸ A noção de que as regras de concorrência devem concentrar-se nos objetivos de eficiência económica encontra a sua origem nos desenvolvimentos conceptuais introduzidos nos Estados Unidos pela “Escola de Chicago”; a sua proposta de que as regras de defesa da concorrência podem apenas, legitimamente, prosseguir um objetivo – a eficiência económica – seduziram e conquistaram no essencial o campo de aplicação das regras, em especial nos Tribunais e na Administração a partir da década de 1970. Desde então, e com poucas exceções, as discussões teóricas sobre os objetivos do Direito da Concorrência nos Estados Unidos estreitaram-se em torno dos padrões de medida dessa eficiência, designadamente o *bem-estar total* ou o *bem-estar do consumidor*.

E esta não é uma questão menor, ou puramente abstrata: a opção pela consideração de um objetivo possível, em detrimento dos demais, determina de modo fundamental o padrão de aplicação das regras de defesa da concorrência⁶⁹.

Os desenvolvimentos do processo de modernização do Direito europeu da concorrência servem também para demonstrar que os objetivos por si prosseguidos não foram sempre os mesmos, nem mereceram sempre o mesmo consenso. Esta evolução resulta tanto do contexto institucional e político que presidiu à sua introdução nos Tratados fundadores e na definição do quadro institucional que seria colocado à sua disposição, como na evolução do pensamento económico que lhe serve de base e lhe confere robustez e legitimação; todavia, é também a falta de consenso histórico quanto aos objetivos prosseguidos pelo Direito da Concorrência um dos seus elementos mais enfraquecedores, em especial no que à segurança jurídica e previsibilidade quanto aos resultados expectáveis da aplicação das regras respeita.

Por outro lado, os objetivos do Direito europeu da concorrência são igualmente definidos à luz desse mesmo processo de natureza política e económica que é a integração económica europeia. Neste contexto, podemos perceber como o objetivo da integração dos mercados foi – e continua a ser – um elemento fundamental da caracterização do modelo europeu, que a ainda presente discussão em torno do *lugar da concorrência* no Tratado de Lisboa revelou, e como apenas a aparente concretização desse objetivo deu lugar a uma maior preocupação com os objetivos de eficiência advogados pela análise neoclássica, que revisitou criticamente os exemplos de aplicação estruturalista do Direito da concorrência norte-americano, e que estão na origem da *revolução de Chicago*.

Neste ponto, iremos abordar os diferentes modelos de eficiência económica e as principais escolas de pensamento, bem como os seus reflexos no Direito norte-americano, como introdução prévia à abordagem aos objetivos do Direito europeu da concorrência até ao dealbar do processo de modernização.

⁶⁹ Ver (BORK, 1967, 1993; STUCKE, 2012b, p. 558).

Como perceberemos, daqui resultará uma necessária distinção a final entre o que seja o Direito da Concorrência e a *política de concorrência*, enquanto definição das prioridades a prosseguir no âmbito da aplicação das normas jurídicas, por um lado, e por outro, uma inevitável diferenciação entre os diferentes *modelos* do Direito da Concorrência, de que os sistemas norte-americano e europeu se arvoram em arquétipos principais.

2.1.1. Sobre o conceito de eficiência económica

Os benefícios da concorrência podem traduzir-se, em termos genéricos, em preços mais baixos, melhores produtos, maior liberdade de escolha e, melhor utilização dos recursos disponíveis, do que aqueles que resultariam de uma situação de “não-concorrência”, ou monopólio⁷⁰.

A microeconomia define eficiência económica em três vertentes distintas: eficiência “produtiva”, “distributiva” ou “dinâmica”⁷¹. A eficiência produtiva verifica-se quando um produto é produzido ao custo mais baixo possível, tendo em conta as condicionantes tecnológicas, custos dos fatores, entre outros. A eficiência distributiva decorre da diferença entre o custo marginal de produção e a avaliação desse produto marginal pelos consumidores⁷²: aqui, se o custo de produzir mais uma unidade for diferente do valor atribuído pelos consumidores a essa unidade marginal, haverá uma ineficiência distributiva.

Tanto as eficiências produtiva ou distributiva assentam numa visão estática do mercado, ou seja, produzem um resultado analítico compatível com a situação do mercado identificada em determinado momento, como numa fotografia, mas as dimensões dinâmicas da concorrência, nomeadamente a

⁷⁰ A literatura a este propósito é vasta. Ver, e.g., (BISHOP & WALKER, 2010; GERADIN et al., 2012; HYLTON, 2003; MOTTA, 2004; PEEPERKORN & VERODEN, 2014; SCHERER & ROSS, 1990; TIROLE, 1988; Roger VAN DEN BERGH & CAMESASCA, 2006).

⁷¹ Ver (ARAÚJO, 2005; BISHOP & WALKER, 2010, p. 25 e ss.; MOTTA, 2004, p. 55 e ss.).

⁷² O custo marginal é a diferença no custo total decorrente da produção da última unidade.

inovação tecnológica e dos processos de produção, são ignoradas. A eficiência dinâmica resulta, assim, da capacidade de uma empresa introduzir novos produtos ou processos de produção⁷³.

Num mercado de concorrência perfeita, o preço de um produto seria igual ao custo marginal da sua produção, resultando em eficiência produtiva e distributiva. Num caso de concentração extrema (um monopólio), a redução na produção e o aumento do preço comparado com o que existiria no mercado de concorrência perfeita resulta numa perda total, o custo para a sociedade da ineficiência do mercado⁷⁴. Em qualquer caso, tanto a eficiência produtiva como a eficiência distributiva referem-se à caracterização estática do poder de mercado, que pode ser definido como a possibilidade de cobrar um preço superior ao custo marginal de produção.

A concorrência ocorre tanto ao nível da eficiência estática – concentrada no preço e na produção – como na eficiência dinâmica, decorrente da inovação. Neste aspeto, uma preferência pela concorrência estática em prejuízo da concorrência dinâmica pode, a prazo, traduzir-se numa perda de bem-estar mais significativa do que um aumento não concorrencial do preço. A eficiência dinâmica decorre assim do progresso tecnológico e da inovação a nível de produtos e processos produtivos que, por sua vez aumentam o grau de satisfação de necessidades de consumo. Daí que possa assumir que a eficiência dinâmica, ao assentar no progresso tecnológico, não pode ser prejudicada por considerações de eficiência estática; mormente, uma preferência por um preço concorrencial em prejuízo da inovação pode significar uma diminuição do bem-estar no longo prazo.

⁷³ (KERBER, 2007; MOTTA, 2004, p. 55; Roger VAN DEN BERGH & CAMESASCA, 2006, p. 30).

⁷⁴ A perda total (*deadweight loss*) resultante de um monopólio traduz-se no ganho do consumidor que é perdido, não sendo absorvido pelos ganhos do produtor. Nesta situação, o bem-estar do consumidor não é maximizado e o ganho do produtor não compensa essa perda, o que se traduz numa perda total para a sociedade. Neste caso, os consumidores que poderiam ter pago o preço “concorrencial” deslocam a sua preferência para outros fins, enquanto que os outros que efetivamente decidem suportar esse preço, ao pagar um preço superior estão a transferir parte da sua riqueza para o monopolista.

Esta visão *schumpeteriana* assenta numa preferência clara pela eficiência dinâmica e pela capacidade da “destruição criativa” que está na origem de novos produtos e processos produtivos que aumentam a capacidade de satisfação das necessidades da sociedade, ainda que admita que em momento algum a sociedade esteja a utilizar plenamente os recursos que lhe estão disponíveis⁷⁵. Assim, não é no modelo impossível e inalcançável da *concorrência perfeita*⁷⁶ que se devem encontrar os padrões de análise dos comportamentos das empresas nos mercados *imperfeitos* que conhecemos, uma vez que tais padrões, enviesados por modelos de funcionamento perfeitos podem conduzir a resultados sub ótimos. Designadamente, se os monopólios devem ser regulados de modo a agir como se estivessem em concorrência perfeita⁷⁷: assim, não interessa o modo como os agentes se comportam no mercado, mas, outrossim, quais as condições necessárias para *entrar* no mercado. Ou seja, mais do que concorrência *no mercado*, é na dinâmica da concorrência *pelo mercado* que se devem concentrar as atenções para impedir que a aplicação dos padrões de comportamento estáticos introduza incentivos negativos à inovação. As empresas investem em investigação e no desenvolvimento de produtos para garantir que são as primeiras a introduzir uma inovação no mercado e a garantir ganhos de monopolista a partir desse momento⁷⁸.

⁷⁵ (SCHUMPETER, 1976, p. 83 e ss.). Schumpeter foi o pioneiro da defesa da preferência pela eficiência dinâmica, advogando que a chave do progresso económico e da expansão da produção assenta no desenvolvimento tecnológico e na capacidade crescente da produção em massa, assente numa dimensão do produtor que é incompatível com a noção de atomicidade inerente à concorrência perfeita.

⁷⁶ O modelo de concorrência perfeita assenta nas características de fluidez, atomicidade e transparência: existe um número elevado de compradores e vendedores, a quantidade comprada ou vendida por cada um dos agentes é muito pequena em relação à quantidade total transacionada, pelo que qualquer alteração a tais quantidades não têm qualquer impacto no preço, os produtos são homogéneos, não existe assimetria informativa entre vendedores e compradores e não existem barreiras à entrada ou à saída do mercado. Ver (BISHOP & WALKER, 2010, p. 17).

⁷⁷ Cf. (SCHUMPETER, 1976, p. 106).

⁷⁸ Cf. (BISHOP & WALKER, 2010, p. 46). Se os ganhos expetáveis forem reduzidos devido à intervenção da regulação e à necessidade de *agir como se não fosse um monopólio*, o incentivo à inovação é reduzido. Assim, mais do que uma estrutura ineficiente que se traduz

Nesta ótica, o monopólio é apenas o resultado da concorrência dinâmica, e qualquer monopolista será sempre substituído por quem desenvolver um novo produto ou processo produtivo que substitua o *standard* anterior; acresce ainda que são os monopólios, ou pelo menos as grandes empresas, aquelas que melhor poderão contribuir para os ganhos de inovação por terem acesso aos meios necessários para financiar essa inovação⁷⁹.

Mas entre o modelo de concorrência perfeita, com um mercado caracterizado pela atomicidade, e o monopólio, ambos servindo como exemplos absolutos, encontramos o oligopólio, onde o que interessa não é tanto a estrutura do mercado, mas a interação entre os agentes económicos que nele atuam. Neste modelo, um número reduzido de produtores (no mínimo dois) determina o seu comportamento de acordo com as reações esperadas dos seus concorrentes – cada produtor atua na certeza de que o seu comportamento individual e as suas decisões em matéria de produção e de preços terão uma influência determinante no modo como os restantes concorrentes responderão.

Em especial, este modelo introduz na análise económica a importância do pensamento estratégico e as dinâmicas comportamentais que alimentarão, designadamente, o pensamento “Pós-Chicago”; mas configuram igualmente um desafio ao introduzir um grau de incerteza no que à intervenção das regras respeita, uma vez que a sua aplicação a mercados de oligopólio depende

necessariamente numa perda total para sociedade e numa transferência de riqueza do consumidor para o produtor, o monopólio pode ser a estrutura de mercado necessária para que os consumidores possam beneficiar dos ganhos decorrentes dos investimentos das empresas na inovação e no desenvolvimento de novos produtos; se quisermos, o processo concorrencial para alcançar o monopólio não pode ser prejudicado pelo preconceito da eficiência estática. Neste sentido, ver ainda (O'DONOGHUE & PADILLA, 2006, p. 607; POSNER, 2001a, p. 68; 2001b, p. 20).

⁷⁹ Contra (ARROW, 1962), para quem é a concorrência, e não o monopólio, o principal instrumento de inovação. Com efeito, Kenneth Arrow propõe que um monopolista tem menos incentivos para inovar que empresas em concorrência, seja porque não percebe um retorno em acréscimo de quota de mercado no investimento em inovação, como essa inovação pode canibalizar o mercado que já controla. Assim, os ganhos decorrentes da inovação seriam inferiores para o monopolista do que para uma empresa em concorrência.

invariavelmente do conhecimento e compreensão perfeita de todos os fatores que influenciam o comportamento individual de cada agente económico e o modo como o seu comportamento influencia os demais⁸⁰.

As preferências demonstradas pelos resultados possíveis decorrentes de um dos tipos de eficiência, ou da conjugação de alguns deles, têm como consequência uma necessária ponderação dos objetivos das regras da concorrência; a identificação da eficiência económica como objetivo final está necessariamente ancorado a um conceito de eficiência que deve ser escolhido, e as consequências dessa escolha traduzem-se no modo como se avalia o comportamento que os agentes económicos adotam ao operar no mercado. Uma preferência pela eficiência distributiva implica necessariamente uma opção pela característica estática e por um benefício para o consumidor decorrente da existência de mais produtores no mercado⁸¹; uma preferência pela eficiência produtiva pode incentivar o produtor a reduzir custos e a aumentar o seu poder de mercado, com consequências para o consumidor (que é prejudicado pela redução da produção e aumento do preço), embora com ganhos de bem-estar decorrentes da redução dos custos de produção⁸². Já a preferência pela eficiência dinâmica pode estimular comportamentos empresariais “abusivos” por se traduzirem no afastamento dos operadores menos eficientes ou inovadores e na captura do rendimento dos consumidores.

Esta escolha entre eficiência dinâmica e estática pode conduzir a soluções diametralmente opostas, tanto no que respeita ao comportamento dos agentes económicos, como nas variáveis de funcionamento do mercado, seja a nível de preço, produção ou inovação.

⁸⁰ Ver (SCHERER & ROSS, 1990).

⁸¹ Com prejuízo da eficiência produtiva. Ver (MOTTA, 2004, p. 51).

⁸² Ver (WILLIAMSON, 1968).

A identificação dos modelos básicos de estrutura do mercado (concorrência perfeita, oligopólio, monopólio) permite desde já fixar um dos elementos essenciais do Direito da concorrência: a noção de que a detenção de poder de mercado provoca uma alteração fundamental ao jogo normal da concorrência; assim, enquanto que um mercado de concorrência perfeita conduz a um resultado de eficiência distributiva, um monopólio resulta numa distribuição ineficiente dos recursos, raciocínio igualmente aplicável aos produtores que atuam de modo coordenado, uma vez que se os produtores cooperam no sentido de exercerem poder de mercado em conjunto (fixando preços, limitando a produção ou repartindo mercados), verificar-se-á uma idêntica ineficiência distributiva.

Mas esta preferência pela eficiência distributiva não pode ser absoluta. Um monopólio, em especial nas indústrias com elevadas economias de escala, pode ser uma estrutura de mercado mais eficiente na perspetiva produtiva, do que uma estrutura de concorrência perfeita; por outro lado, também a cooperação entre empresas pode traduzir-se em benefícios tangíveis, através da diminuição dos custos de produção: em ambos os casos teremos eficiência produtiva, mas não necessariamente eficiência distributiva (quando tanto o monopólio como a coordenação de concorrentes se traduzem numa transferência de bem-estar dos consumidores para os produtores); é este compromisso que se encerra o essencial do debate em torno dos objetivos de eficiência económica que devem ser prosseguidos pela aplicação das regras da concorrência, por determinarem uma opção pelo critério de bem-estar que se deve sobrepor em caso de conflito.

2.1.2. Afinal, que bem-estar?

Do que anteriormente se referiu resulta a necessidade de esclarecer, no contexto da definição dos objetivos do Direito da Concorrência, e considerando apenas a prossecução de eficiência económica, a diferença entre o bem-estar do consumidor e o bem-estar total.

Uma vez identificados os conceitos básicos de eficiência económica, é necessário determinar a medida pela qual podemos aferir a sua prossecução pela aplicação das regras de concorrência. Com efeito, admitindo-se que o objetivo do Direito da Concorrência deve ser o de prosseguir e garantir que os mercados funcionam de modo eficiente, como é que podemos determinar se esse objetivo está a ser realizado? Se o resultado do funcionamento eficiente dos mercados é o aumento do bem-estar, qual o padrão de medida desse aumento – o bem-estar total, o bem-estar do consumidor?

Já aqui referimos o recurso ao “bem-estar do consumidor” como medida de avaliação da modernização do Direito europeu da concorrência; também a Escola de Chicago, na definição do “único objetivo legítimo do Direito da Concorrência”, apela ao mesmo conceito. Mas tratar-se-á efetivamente do bem-estar do consumidor? A questão depende necessariamente do que se entenda por este critério de bem-estar.

Podemos assumir três conceitos essenciais para definição do bem-estar do consumidor⁸³: um primeiro conceito assenta na maximização da eficiência distributiva e apela ao aumento total do bem-estar, independentemente do beneficiário direto desse aumento – não interessa que sejam os consumidores ou os produtores os agentes que beneficiaram do aumento do bem-estar, desde que sejam maximizadas as capacidades produtivas da sociedade. Esta é a posição, no essencial, que encontraremos plasmada no modelo defendido pela Escola de Chicago⁸⁴, e que apela ao bem-estar total como *proxy* do bem-estar do consumidor, ao promover a maximização do bem-estar para a toda a sociedade (produtores e consumidores)⁸⁵; uma segunda abordagem, e que estritamente corresponde ao conceito de bem-estar do consumidor, desconsidera quaisquer

⁸³ Ver (BRODLEY, 1987, p. 1035 e ss.).

⁸⁴ Ver (POSNER, 2001b).

⁸⁵ Mesmo que em concreto os consumidores sejam prejudicados. Este paradoxo semântico é sublinhado por (ORBACH, 2011).

ganhos de eficiência, produtividade ou inovação que não se reflitam diretamente no aumento do bem-estar do consumidor. Finalmente, uma terceira consideração confronta ganhos de curto e de longo prazo, assumindo uma preferência pelo longo prazo e aceitando como suportáveis ganhos de eficiência que se traduzam numa transferência de bem-estar do consumidor para o produtor desde que, a prazo, os ganhos de bem-estar do consumidor compensem e ultrapassem esta transferência imediata.

Esta consideração do bem-estar total coloca a defesa da concorrência no papel de regular a distribuição de recursos de acordo com o mecanismo do preço, permitindo uma alocação de recursos mais eficiente, por ser determinada de acordo com a valorização que cada agente económico atribui a tais recursos⁸⁶. O compromisso deste modelo resulta na indiferença quanto às transferências concretas de riqueza que podem estar na origem deste aumento do bem-estar total⁸⁷.

É certo que tais considerações resultam no essencial de uma compreensão prévia relativa às assimetrias informativas que impedem uma avaliação concreta dos efeitos da distribuição do rendimento, não servindo por isso de padrão adequado para a aplicação das regras da concorrência⁸⁸.

⁸⁶ Ver (KERBER, 2007; MOTTA, 2004; SCHMALENSEE, 2008).

⁸⁷ Ou seja, a distribuição do rendimento disponível não é uma preocupação a ter em conta, e os efeitos de transferência verificados não devem ser considerados na análise do comportamento empresarial. Como refere (BORK, 1993, p. 91), *“antitrust... is not a process for deciding who should be rich or poor, nor can it decide how much wealth should be expected to reduce pollution or undertake to mitigate the anguish of the cross-country skier at the desecration wrought by snowmobiles. It can only increase collective wealth by requiring that any lawful products, whether skis or snowmobiles, be produced and sold under conditions most favourable to consumers”*. Nestes termos, para Robert Bork, a finalidade da política de concorrência é maximizar a eficiência distributiva *sem prejudicar* a eficiência produtiva. Ver, no mesmo sentido, (KAPLOW & SHAPIRO, 2007, p. 88; POSNER, 2001b, p. 24).

⁸⁸ Ver (LANDES & POSNER, 1981). Por outro lado, para além desta incerteza que impõe uma abordagem cautelosa à distribuição de rendimento, surge uma outra premissa: a de que há outras políticas públicas mais adequadas a promover a distribuição de riqueza – à política de concorrência deve ser deixada apenas a tarefa de aumentar o nível de riqueza (aqui entendida como representando o bem-estar geral), relegando para outras áreas de intervenção (designadamente a nível da política fiscal ou orçamental) as preocupações redistributivas. Ver

Pelo contrário, o bem-estar do consumidor procura garantir que nenhuma transferência de riqueza para os produtores possa ser alcançada à custa do consumidor; quaisquer ganhos de eficiência produtiva devem ser passados para os consumidores e, assim, o único critério relevante para aferir a compatibilidade de determinado comportamento empresarial deve ser o seu impacto nos consumidores⁸⁹.

Em qualquer caso – seja um conceito de bem-estar total, seja um conceito estrito de bem-estar do consumidor, ainda que sujeito a critérios de medição temporal – encontramos medidas de aferição do impacto de determinados comportamentos empresariais: nuns casos de modo indiferente (um acordo de fixação de preços, por exemplo, traduz-se numa perda de bem-estar do consumidor e, também de bem-estar total, uma vez que os ganhos dos produtores – através do aumento do preço ou da redução da produção – não compensam as perdas dos consumidores – através da transferência de riqueza ou de diminuição da satisfação de necessidades)⁹⁰, mas noutros não, uma vez que não podemos assumir que quaisquer poupanças dos produtores serão necessariamente repercutidos nos consumidores.

2.1.3. Escolas de pensamento económico: de Harvard a Pós-Chicago

Uma análise, ainda que perfunctória, dos objetivos sugeridos para o Direito da Concorrência em termos gerais levar-nos-á às seguintes conclusões:

(i) é possível identificar vários objetivos para o Direito da Concorrência; (ii)

(KAPLOW & SHAPIRO, 2007, p. 88). Neste sentido, os defensores do padrão do bem-estar total concluem que a política de concorrência é eticamente neutra, uma vez que não implica qualquer decisão ou escolha sobre quem beneficia (e é prejudicado) por determinada intervenção, como conclui (BORK, 1993, p. 90). Notamos, todavia, que esta neutralidade ética não é necessariamente um apanágio da opção pelo bem-estar total como padrão de aplicação das regras de concorrência. Com efeito, as considerações de bem-estar total poderão favorecer excessivamente o produtor (desde logo pela assimetria informativa a seu favor). Neste sentido, ver (BRODLEY, 1987).

⁸⁹ Ver (Roger VAN DEN BERGH & CAMESASCA, 2006, p. 37).

⁹⁰ Ver (FOX, 2008).

alguns objetivos não são compatíveis entre si; (iii) a prossecução de um objetivo pode implicar necessariamente prejudicar um outro objetivo; (iv) a identificação de um objetivo principal ou único depende de uma compreensão prévia sobre o papel (e limites) das regras de defesa da concorrência⁹¹.

Esta gama de fins possíveis abrangem a maximização do bem-estar do consumidor ou do bem-estar total, assente em considerações exclusivas de eficiência económica, mas também podem assentar em objetivos essencialmente políticos (ou de *política económica*), como a proteção da liberdade empresarial, a redução ou controlo do poder económico, a abertura dos mercados, ou a proteção das pequenas e médias empresas⁹².

Embora este debate encontre as suas origens nos Estados Unidos, onde as motivações, ou *legislative intent*, do *Sherman Act* são tema de escrutínio habitual entre os autores norte-americanos⁹³, o que desde logo motiva cautelas no modo de transposição do mesmo para o Direito europeu da concorrência⁹⁴, o mesmo merece reflexão, até pelo efeito inspirador que algumas das posições assumidas nos Estados Unidos acabam por ter na prática e doutrinas europeias, caso em que a influência das chamadas *escolas de pensamento* assume maior relevância. Assim, passaremos de seguida em revista o desenvolvimento das escolas de

⁹¹ E para os autores mais cétricos quanto à dimensão “ativa” do Direito da Concorrência enquanto instrumento de prossecução de fins de política económica, o reconhecimento de que haverá outros instrumentos mais eficazes, e porventura mais legítimos, para alcançar tais objetivos.

⁹² Ver (AKMAN, 2012; FOX, 1981; HOVENKAMP, 1982).

⁹³ Na expressão de (BORK, 1966a). Para uma visão geral do debate, ver, entre nós (FREIRE, 2008; MORAIS, 2006, 2009a; MOURA E SILVA, 2003).

⁹⁴ (AKMAN, 2012, p. 25): “*the general discussion of what the goals of competition law and policy are and should be has mostly taken place in the United States. Thus, the propositions and arguments regarding the objectives stemming from the US may not always serve the needs of Europe due to political, economical and cultural differences*”. Todavia, esta tentativa de transposição tem sido defendida desde o início. Ver, e.g., o seminal trabalho de René JOLIET (JOLIET, 1967), onde se propunha a adoção de uma regra de razoabilidade na aplicação das normas do Tratado.

análise económica e de organização industrial, e da sua influência no Direito norte-americano da concorrência⁹⁵.

Atualmente, após um período relativamente longo de dominância da escola de Chicago no panorama académico da análise económica da concorrência, identificam-se correntes “pós-Chicago”⁹⁶, “neo-Chicago”⁹⁷, e mais recentemente, assistimos à expansão de correntes de análise comportamental (*behavioural economics*) para os domínios de aplicação do Direito da Concorrência⁹⁸, com o seu enfoque no comportamento estratégico individual dos agentes de mercado a lançar novos desafios à aplicação de um sistema normativo que se pretende consistente e, necessariamente, previsível.

Se do confronto entre Robert LANDE, por um lado, e Robert BORK, por outro, podemos retirar as traves-mestras da dialética Harvard-Chicago que marca os dois polos opostos do discurso sobre os objetivos a prosseguir pelo Direito da concorrência⁹⁹, com especial destaque para o sistema norte-americano¹⁰⁰, perceberemos adiante como os reflexos desse debate se fizeram sentir também na evolução do Direito europeu da concorrência.

O pensamento da “Escola de Harvard”, que começa a ser desenvolvido essencialmente a partir da década de 1950, assenta na determinação de um

⁹⁵ Ver, e.g., (GERADIN et al., 2012, p. 58 e ss.; HILDEBRAND, 2009, p. 120 e ss.).

⁹⁶ Chamando a atenção para os fundamentos estruturantes do Direito da Concorrência, para além da prossecução da eficiência económica, ver (PITOFSKY, 1979), (2008). Ver, igualmente, Roger VAN DEN BERGH, PARDOLESI, and CUCINOTA (2002)

⁹⁷ Ver (EVANS & PADILLA, 2005).

⁹⁸ Uma das primeiras aplicações da análise comportamental no Direito da Concorrência pode ser encontrada em (TOR, 2002). Igualmente, ver (REEVES & STUCKE, 2011).

⁹⁹ Em especial, confrontando (LANDE, 1982, 1989) com (BORK, 1966a, 1967).

¹⁰⁰ Ver (KOVACIC, 2007), para quem é redutor considerar que o Direito da concorrência norte-americano segue apenas o diapasão da Escola de Harvard ou da Escola de Chicago, assumindo pelo contrário pontos de aproximação permanentes em relação a ambas as escolas de pensamento.

paradigma *estruturalista*, de acordo com o qual é a estrutura de uma dada atividade económica ou indústria que determinará o modo de atuação das empresas que aí operam e, como tal, o modo de funcionamento do mercado¹⁰¹.

Este paradigma assenta na análise da estrutura de mercado, do comportamento das empresas (ou conduta no mercado) e no resultado dos comportamentos, assim sugerindo que o comportamento dos agentes do mercado é determinado pela estrutura do mercado em que operam. O paradigma *estrutura-conduta-resultado* determina que, mais do que a conduta dos agentes, às regras de concorrência deveria interessar a resolução dos problemas estruturais do mercado que facilitam ou incentivam comportamentos restritivos da concorrência¹⁰²; nestes termos, colocando a ênfase no processo concorrencial – e não tanto nos seus resultados do processo concorrencial – o pensamento estruturalista identifica a conquista e detenção de poder de mercado, ou poder de monopólio, como o principal elemento de distorção do funcionamento do mercado e, como tal, de conduta a eliminar¹⁰³.

A eficiência económica seria o resultado da eliminação ou regulação do poder de mercado e da garantia do processo concorrencial, ao mesmo tempo que uma política de concorrência *estruturalista* contribuiria para a promoção de objetivos mais latos de política económica: a imposição de regras de concorrência *justa* e de promoção do processo concorrencial e um certo desprezo por grandes conglomerados industriais permitiriam a criação de emprego e uma mais justa ou equitativa distribuição de riqueza, justificando por isso a utilização das regras de concorrência para a promoção de políticas de cariz intervencionista ou modeladoras do funcionamento da estrutura económica.

Mas, sublinhamos, a caracterização da Escola de Harvard que acabámos de descrever pode ser excessivamente redutora; com efeito, vários autores desta

¹⁰¹ Ver (AKMAN, 2012, p. 26).

¹⁰² Ver (HOVENKAMP, 2005b, p. 43).

¹⁰³ Ver (Roger VAN DEN BERGH & CAMESASCA, 2006, p. 32).

corrente de pensamento defendem a necessidade de a política de concorrência não prosseguir determinados objetivos não relacionados com a eficiência económica, designadamente de natureza política, para além de poderem assumir que os custos de uma política de concorrência excessivamente punitiva de empresas dominantes podem exceder largamente os custos de uma política mais benevolente para com os detentores de poder de mercado¹⁰⁴. Assim, acaba por ser nos receios decorrentes de uma política de concorrência excessivamente intervencionista, com custos acrescidos para o funcionamento do mercado, que se podem encontrar aproximações entre a Escola de Harvard e a Escola de Chicago.

A Escola de Chicago concebe o mercado como o jogo livre de forças económicas que garantem, se deixadas livres de qualquer interferência ou intervenção pública, uma estrutura de mercado concorrencial. Assim, não é na estrutura do mercado – que pode resultar de meros equilíbrios temporários ou como consequência de intervenção estatal –, nem sequer no comportamento dos agentes – que se limitam a adaptar a estímulos ou incentivos externos – que se devem concentrar as preocupações da política de concorrência, mas sim na necessidade de controlar ou eliminar a intervenção do Estado, ou qualquer modo de limitação da liberdade de atuação das forças de mercado.

Nestes termos, as estruturas de mercado, que mereciam a principal preocupação da Escola de Harvard, são consideradas como tendencialmente concorrenciais, e como tal quaisquer desequilíbrios que permitissem, em determinado momento, a um agente económico o exercício de poder de mercado seriam, desde que deixadas as forças do mercado livres de intervenção pública, corrigidos por elas corrigidos; nos casos de elevada concentração, designadamente nos mercados caracterizados por elevados níveis de concentração, como oligopólios ou monopólios, as “forças de mercado” determinariam que quaisquer comportamentos manifestando poder de mercado fossem corrigidos pela entrada de novos concorrentes, que procurariam

¹⁰⁴ Particularmente ilustrativo dos “pontos de aproximação” entre as Escolas de Harvard e de Chicago, como refere (KOVACIC, 2007).

beneficiar dos lucros dos monopolistas, e que por via do aumento da concorrência, determinariam a correção do comportamento dos anteriores incumbentes¹⁰⁵, e o reequilíbrio do mercado.

Naturalmente, na base do pensamento da Escola de Chicago encontramos um conjunto de presunções assentes na aplicação da teoria clássica dos preços ao Direito da concorrência, do qual resulta uma antecipação do comportamento dos agentes e dos mercados no quadro referencial de *concorrência perfeita*: em especial, que os agentes económicos são essencialmente racionais e procuram maximizar os seus lucros, e que os mercados, se deixados livres de intervenção pública (e portanto, na ausência de falhas de intervenção ou regulação¹⁰⁶), são geradores de eficiência produtiva e distributiva, aumentando o bem-estar do consumidor.

Assim, os comportamentos considerados restritivos da concorrência na conceção estruturalista da Escola de Harvard eram, no essencial, contestados pela Escola de Chicago, que via na abordagem dos autores defensores desta escola de pensamento e nas decisões do Supremo Tribunal que a receberam, uma excessivamente característica falha de intervenção¹⁰⁷, ao sancionar comportamentos não restritivos da concorrência, ou mesmo potencialmente pró competitivos, pondo em risco os benefícios decorrentes da concorrência livre.

Em especial, proibições *per se* como determinadas restrições verticais ou concentrações entre não concorrentes (ou de pouco significado concorrencial atenta a dimensão das empresas em causa) limitavam-se a sancionar comportamentos empresariais tendentes apenas à maximização dos lucros e ao aumento da eficiência, quando a aplicação das regras da concorrência deveria

¹⁰⁵ Neste aspeto, até as “barreiras naturais” seriam consideradas um obstáculo virtual que não impediria as forças de mercado de atuarem na correção de eventuais desequilíbrios gerados pelos comportamentos de incumbentes. Neste ponto, ver (GAVIL, KOVACIC, & BAKER, 2008).

¹⁰⁶ Conceito introduzido na discussão económica por, entre outros, (COASE, 1964). Para uma discussão do conceito ver, igualmente, (ORBACH, 2013).

¹⁰⁷ Ver (KOVACIC, 2014).

dirigir-se principalmente aos acordos horizontais mais agressivos (fixação de preços e repartição de mercados, em especial, ou seja, aos verdadeiros “cartéis”) e às concentrações de empresas que conduzissem ao afastamento efetivo de concorrentes do mercado.

Para além das premissas neoclássicas relativas ao comportamento dos agentes económicos, a Escola de Chicago acaba por identificar na prossecução da eficiência económica o único objetivo da aplicação das regras de concorrência¹⁰⁸. Nestes termos, interessa sobretudo uma abordagem *paretiana* ao Direito da concorrência, de acordo com a qual interessava garantir que qualquer que fosse a aplicação das regras, deveria assegurar-se que os ganhos totais dessa intervenção seriam superiores aos ganhos (ou perdas) decorrentes da não intervenção, independentemente dos beneficiários diretos. Como tal, a Escola de Chicago poderia apresentar-se “apolítica”, no sentido de lhe ser irrelevante o “lado da balança” para que penderia a aplicação das regras (designadamente, se beneficia diretamente os consumidores ou as empresas, se salvaguarda as Pequenas e Médias Empresas, ou favorece os grandes conglomerados), conquanto os ganhos totais sejam maximizados.

Esta abordagem permite-nos extrair igualmente algumas considerações sobre o papel dos consumidores no quadro geral de pensamento da Escola de Chicago. Com efeito, e muito embora se refira ao bem-estar do consumidor (*consumer welfare*), a Escola de Chicago está menos preocupada com o bem-estar dos consumidores do que com o bem-estar geral; com efeito, o bem-estar dos consumidores é apenas indiretamente garantido na medida em que a eficiência produtiva e distributiva são maximizadas, no sentido que os recursos económicos são alocados de modo a maximizar a satisfação de necessidades com os limites tecnológicos atuais¹⁰⁹.

¹⁰⁸ Ver (EASTERBROOK, 1984; HOVENKAMP, 1985).

¹⁰⁹ Como refere (BORK, 1993, p. 91): “*the whole task of antitrust can be summed up as the effort to improve allocative efficiency without impairing productive efficiency so greatly as to produce either no gain or a net loss in consumer welfare*”. Neste sentido, na perspetiva da Escola de Chicago, o bem-estar do consumidor confunde-se com o bem-estar geral.

Se a Escola de Chicago assenta as suas premissas essenciais numa conceção do agente económico como essencialmente racional e procurando a maximização do lucro, através de padrões de comportamento antecipáveis, a percepção de que a capacidade auto regenerativa dos mercados poderia assentar essencialmente num preconceito dogmático inerente à noção de perfeição desses mesmos mercados, leva os autores da “Escola Pós-Chicago” a procurar corrigir os problemas de aplicação de uma tese essencialmente assente em premissas impossíveis de verificar na prática, através da conciliação de três vertentes essenciais: em primeiro lugar, os mercados não são perfeitos, ou seja, apresentam características que revelam graus variáveis de concentração ou atonicidade e limites à fluidez ou à transparência que impedem a correção automática de desequilíbrios ou de manifestações de poder de mercado que, à luz das posições assumidas pela Escola de Chicago, e com exceção dos casos mais graves de conduta anticoncorrencial, seriam eventualmente corrigidas; em segundo lugar, os agentes económicos adequam o seu comportamento num mercado imperfeito de modo estratégico, e num ambiente competitivo imperfeito, um comportamento estratégico por parte de uma empresa pode ser o resultado de uma sobrevalorização de determinada característica ou o resultado de assimetrias de informação e, assim, gerar um resultado economicamente ineficiente para o bem-estar geral; em terceiro lugar, e necessariamente estribado nas considerações anteriores, cada mercado apresenta características de funcionamento próprias, não podendo aplicar-se o mesmo diapasão analítico em todas as circunstâncias, nem deduzir de um conjunto de preceitos dogmáticos um quadro geral de funcionamento que não é aplicável na prática.

Uma maior preocupação com o conhecimento concreto, assente em análises empíricas e de base quantitativa, do modo de funcionamento do mercado é essencial para determinar se o comportamento estratégico dos operadores desse mercado é, ou não, restritivo da concorrência à luz das suas características¹¹⁰.

¹¹⁰ Neste sentido, cf. (ROUSSEVA, 2010).

Por isso, e mesmo mantendo a mesma preocupação quanto aos objetivos do Direito da concorrência – a preocupação com o bem-estar do consumidor (traduzindo o bem-estar geral) e a mesma desconfiança em relação ao alargamento do escopo das regras de concorrência para âmbitos não diretamente relacionados – a “Escola Pós-Chicago” dá lugar a uma análise de concorrência assente nas características individuais do mercado e dos agentes em concreto, preocupando-se menos com presunções de infração ou de *benevolência* em relação a determinadas práticas. Se, por um lado, não reconhece validade plena às considerações estruturalistas da “Escola de Harvard” e admite como restritivos da concorrência comportamentos anteriormente tidos como tal, por outro lado reconhece a necessidade de analisar com maior detalhe os efeitos, atuais ou potenciais, que determinadas condutas não problemáticas na perspetiva neoclássica de Chicago podem, afinal, gerar¹¹¹.

Em contrapartida, se a Escola de Chicago advoga essencialmente uma atitude passiva na aplicação das regras de concorrência, os seus sucessores vêm nos instrumentos de aplicação das regras o meio adequado, porque necessário, de impor a correção dos comportamentos que restringem a concorrência¹¹².

Todavia, as proposições da Escola Pós-Chicago assentam em teoremas de possibilidade que não são suscetíveis de verificação empírica: em vez de fazer avançar o conhecimento, a insusceptibilidade de verificação aumenta o carácter indeterminado da análise¹¹³. Mas introduz elementos essenciais de perceção do

¹¹¹ Assim, ver (KOVACIC, 2007, p. 23): neste aspeto, uma análise “Pós-Chicago” pode concluir que comportamentos como a imposição de exclusividade em relações verticais, vendas ligadas e outras restrições verticais – globalmente lícitas à luz do pensamento de Chicago – podem, em determinadas circunstâncias, permitir a aquisição ou manutenção de poder de mercado de modo ineficiente, e como tal devem ser sancionadas.

¹¹² É importante sublinhar que a Escola Pós-Chicago beneficia – ou introduz no Direito da Concorrência – importantes desenvolvimentos da análise económica e da organização industrial, bem como dos modelos económicos desenvolvidos à luz da teoria dos jogos, que com base na análise do comportamento estratégico dos jogadores, determina a existência de circunstâncias em que o benefício individual se traduz numa restrição da concorrência. Para uma aplicação de teoria dos jogos à organização industrial e à análise dos oligopólios ver, e.g. (TIROLE, 1988).

¹¹³ (KOBAYASHI & MURIS, 2012).

comportamento individual e de decisão estratégica que não devem ser negligenciados na aplicação concreta das normas¹¹⁴.

Esta consideração assume especial relevância na aplicação das regras de concorrência em mercados imperfeitos.

Considere-se, v.g., o caso de estruturas de mercado oligopolistas. Na perspetiva estruturalista de Harvard, desenvolvida através da análise de organização industrial, os graus de concentração num dado mercado são indicadores de poder de mercado dos agentes que nele operam – sendo o poder de mercado determinado pela capacidade de aumentar preços, a existência de graus de concentração elevados deveria sempre ser considerada como um indicador de restrição da concorrência. Nesta perspetiva (que, admitimos, é uma simplificação para efeitos meramente expositivos), caberia às regras de concorrência garantir uma estrutura de mercado concorrencial pela criação de obstáculos à concentração; já na perspetiva da teoria dos jogos as escolhas individuais são o resultado estratégico da interação com outros agentes (e assim, a escolha inerente não é uma opção individual, mas sim o resultado da interação com as escolhas e as perceções dos demais agentes). Esta análise, transposta para a organização industrial em especial a partir da década de 1980¹¹⁵, configura um afastamento da análise tradicional dos oligopólios (que assentava essencialmente na predeterminação de um dado comportamento em resultado da estrutura do mercado identificada), ao determinar que o comportamento que os agentes adotarem no mercado será o resultado da avaliação individual estratégica, e da perceção das estratégias adotadas pelos restantes agentes no mercado; já na perspetiva neoclássica, a escolha racional assenta na opção pela maximização do bem-estar (e, assim, na escolha da atividade que permite

¹¹⁴ Ver, para uma discussão desta questão (STUCKE, 2012a). Ver, igualmente, (HOVENKAMP, 2005a, p. 39): *“Just as Chicago School antitrust policy became oversold, post-Chicago antitrust has been oversold as well. The real value of post-Chicago economics is its renewed recognition that markets are more varied and complex than the orthodox Chicago School was willing to admit. Thus, the number and variety of anticompetitive practices are unknown and open-ended, particularly in relatively new markets”*.

¹¹⁵ Assim, (TIROLE, 1988).

maximizar a utilização dos recursos disponíveis), de acordo com um modelo de concorrência perfeita: se na abordagem estruturalista, o grau de concentração no mercado dará origem a uma restrição da concorrência efetiva pela atribuição de poder de mercado às empresas, na perspetiva neoclássica, a concentração do mercado acaba por ser o resultado da evolução das estruturas de custos das empresas que, sobrevivendo (numa perspetiva *darwinista*) justificam a aquisição desse grau de concentração, que é por sua vez a garantia de funcionamento eficiente do mercado.

As perspetivas pós-Chicago, pelo contrário, partem do pressuposto que o mercado não funciona de acordo com o modelo de concorrência perfeita, nem contendem com a ideia de que a intervenção pública é, pela sua própria natureza, uma alteração das condições de equilíbrio que determinado mercado atingiu como o melhor resultado possível. Em especial, contestam a simplicidade com que a Escola de Chicago assume a capacidade autorreguladora do mercado e a limitação da sua noção de poder de mercado e de eficiência económica, confiando excessivamente na resolução dos problemas concretos pela aplicação de modelos abstratos de raciocínio potencialmente incompatíveis com a realidade percebida do funcionamento dos mercados.

O modo como esta análise factual e empírica dos casos concretos para apurar a existência de restrições de concorrência se traduzirá numa definição programática consistente é algo que permanece ainda largamente em aberto; mas assume atualmente relevância na metodologia de aplicação das regras de concorrência; com efeito, e alinhando neste ponto pela Escola de Chicago, o pensamento “pós-Chicago” assume a necessidade de as regras de concorrência prosseguirem objetivos de eficiência (embora considere neste domínio igualmente a dimensão dinâmica da eficiência, normalmente ignorada na análise neoclássica), utilizando como *proxy* o bem-estar do consumidor; considerações relativas à liberdade de concorrência, ou de garantia da manutenção da estrutura concorrencial, não são tidas. Mas, nos métodos, aproxima-se mais da análise da organização industrial e da teoria dos jogos, procurando, através de uma análise empírica e factual assente nos dados do caso concreto, determinar os efeitos da

conduta empresarial no mercado, sem revelar a preocupação dogmática, quase ideológica, que perpassa a aplicação dos modelos da Escola de Chicago¹¹⁶; é, assim, uma abordagem essencialmente metodológica, e não tanto dogmática, à aplicação das regras, norteadas pela determinação dos efeitos concretos numa lógica de eficiência económica¹¹⁷.

2.1.4. Influências no Direito norte-americano da concorrência

A imposição de metodologias originárias da ciência económica na determinação de uma “abordagem mais económica” à aplicação do Direito europeu da concorrência encontra a sua origem numa tentativa de fazer convergir o modelo europeu com o modelo norte-americano que se tem feito sentir a partir do momento em que a sua aplicação prática passou a ser uma realidade, como demonstra a sempre reiterada discussão em torno da eventual sujeição da proibição do artigo 101.º, n.º 1 a uma “*regra de razão*”, uma cláusula de razoabilidade de origem jurisprudencial que condiciona a aplicação da Secção 1 do *Sherman Act*, e que, *qua tal*, fará pouco sentido entre nós¹¹⁸, ou pelo menos,

¹¹⁶ Para maiores desenvolvimentos ver, e.g., os contributos recolhidos em (AAVV, 2011).

¹¹⁷ O que, no contexto do Direito europeu da concorrência se pode traduzir no seguinte: “*in summary, the major consequence that has arisen from making economic reasoning more explicit in the Commission’s decision-making process has been to move the focus of the competitive assessment away from protecting competitors towards protecting competition and hence towards an analysis of the effects of the conduct under investigation rather than the form of the conduct. It is perhaps therefore more appropriate to talk of a ‘more effects based approach’ than simply a ‘more economics approach’*” (BISHOP & WALKER, 2010, pp. 9-10).

¹¹⁸ Refira-se que o texto “fundador” desta discussão no contexto europeu, de René JOLIET (1967), veio pugnar pela aplicação ao artigo 85.º do Tratado CE de uma “regra de razão” equivalente à aplicável na sequência da jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça *Chicago Board of Trade* na aplicação da Secção 1 do *Sherman Act*, pela qual os acordos entre empresas apenas seriam proibidos se fossem suscetíveis de restringir a concorrência no mercado, implicando por isso uma análise quanto aos efeitos potenciais da prática no mercado, para se poder concluir pela existência de uma restrição concorrencial (procurando suporte, *inter alia*, no Acórdão de 30.6.1966, *Société Technique Minière (LTM) c. Maschinenbau Ulm GmbH (MBU)*, 56/65, EU:C:1966:38, adiante “Acórdão *Société Technique Minière*”). Para uma análise deste debate, ver (MOURA E SILVA, 2003, pp. 125-137). Como reiterado, e.g., pelo Tribunal Geral no Acórdão de 24.5.2012, *MasterCard Inc. e o. c. Comissão*, T-111/08, EU:T:2012:260, adiante “Acórdão do Tribunal Geral *MasterCard*”, n.º 80, “*no que respeita ao exame do carácter objetivamente necessário de uma restrição, há que recordar que, na medida em que não pode ser admitida a existência de*

de fazer com que o sistema europeu partilhe uma preocupação presumivelmente mais marcada no sistema norte-americano com considerações de eficiência económica.

Em contrapartida, e embora a evolução do Direito norte-americano da concorrência esteja intimamente relacionada com a própria evolução da teoria microeconómica, a qual tem sabido influenciar a concretização prática dos preceitos normativos que o enformam, não devemos ignorar que na sua origem o *Sherman Act* foi alvo de intensa crítica, em particular pelos economistas clássicos e neoclássicos (verificando-se pelo contrário um claro peso das preocupações políticas em torno de uma certa ideia de “liberdade empresarial” na sua origem¹¹⁹), ao mesmo tempo que o desenvolvimento do modelo norte-americano de defesa da concorrência não permite uma avaliação unívoca sobre a prossecução da eficiência económica¹²⁰.

Quer pela influência de sucessivas administrações presidenciais (em especial no que respeita à aplicação das regras de defesa da concorrência e de controlo de concentrações pelo Departamento de Justiça), como pela influência

uma regra de razão, o pressuposto da necessidade objetiva não pode ser interpretado no sentido de que implica uma ponderação dos efeitos pró-concorrenciais e anticoncorrenciais de um acordo.”

¹¹⁹ Ver (MARTIN, 2007, p. 65; MORAIS, 2009a, p. 68) Como refere Stephen MARTIN (ob. e loc. cit.): *“motivations behind passage of the Sherman Act included cynical political opportunism, nostalgia for a Jeffersonian golden age that never was, a concern to protect consumers from prices that included an element of economic profit, and a desire to obtain the benefits of large-scale enterprise (where it offered such benefits) while maintaining opportunities for efficient firms, small and large, to prosper if they were able to do so.”* Ainda sobre o debate a propósito das intenções políticas subjacentes ao *Sherman Act*, ver (BORK, 1966a; LANDE, 1982).

¹²⁰ Ver, em especial, (BORK, 1993; POSNER, 1979). Sendo certo que para os autores da “Escola da Chicago”, tal como designados por Richard Posner e Robert Bork, apenas a eficiência na afetação de recursos e a eficiência produtiva serviriam como objetivos “sérios” das leis da concorrência, assentes num modelo de eficiência neoclássica. Como refere M. JACOBS, *“members of the Chicago School contended that consumer welfare, narrowly conceived in explicitly economic terms, should be the only subject of the inquiry. Other approaches, they claimed, were untheoretical, descriptive and even metaphorical, substituting casual observation, colorful characterization, and eclectic forays into second hand psychology for the careful definitions and parsimonious logical structure of economic theory”*. Ver (JACOBS, 1995, p. 219).

de diferentes “escolas” de análise concorrencial, verificamos uma mutação (ou evolução) “cíclica” dos objetivos da política de concorrência¹²¹.

Como verificámos já, as escolas da análise económica da concorrência têm encontrado terreno fértil no solo norte-americano, onde um sistema de aplicação composto pela *Federal Trade Commission* e pelo Departamento de Justiça partilha com a litigância privada a aplicação concreta das normas do *Sherman Act* e a sanção pela sua violação¹²²; daí decorrendo a importância do papel da jurisprudência na definição de modelos e padrões hermenêuticos¹²³, mas também, por essa via, a receção de correntes de pensamento económico¹²⁴.

Neste domínio, poucas terão tido tanta influência como a Escola de Chicago: como contrapeso ao “renascimento” do *Sherman Act* a partir das décadas de 1930-1940, marcado por uma intensa projeção dos objetivos de defesa e promoção da concorrência, e notoriamente secundado por um Supremo

¹²¹ Como refere (KOVACIC, 2003). Herbert HOVENKAMP conclui que “*if one hundred years of federal antitrust policy have taught us something, it is that antitrust is both political and cyclical... Antitrust policymakers have created the common law school, the rule of reason school, the monopolistic competition (New Deal) school, the workable competition school, the liberal school, and the law and economics, or Chicago, school. Each of these schools left an impression that affected antitrust policy indefinitely, although some continue to have a far more visible influence than others*”. Ver (HOVENKAMP, 1985, pp. 213-214).

¹²² A vertente “pública” da aplicação do Direito norte-americano da Concorrência (as secções 1 e 2 do *Sherman Act*) é partilhada entre a Divisão *Antitrust* do Departamento de Justiça e a *Federal Trade Commission*, sendo que a primeira é exclusivamente responsável por investigações à violação do *Sherman Act* de natureza criminal, enquanto o controlo de concentrações de empresas é partilhado por ambas as entidades.

¹²³ Para uma análise sistemática, ver (HYLTON, 2003).

¹²⁴ (KAPLOW & SHAPIRO, 2007, p. 1077): “*Since the passage of the Sherman Act in 1890, antitrust law has always revolved around the core economic concepts of competition and market power. (...) In interpreting the antitrust statutes, which speak in very general terms, U.S. courts have always paid attention to economics. Yet the role of economics in shaping antitrust law has evolved greatly, especially over the past few decades. The growing influence of economics on antitrust law can be traced in part to the Chicago School, which, starting in the 1950s, launched a powerful attack on many antitrust rules and case outcomes that seemed to lack solid economic underpinnings. But the growing influence of economics on antitrust law also has resulted from substantial theoretical and empirical advances in industrial organization economics over the period since then.*”

Tribunal igualmente assertivo, em particular nas décadas de 1950 e 1960¹²⁵, a análise económica do Direito da Concorrência proposta pelos autores (juristas e economistas) de formação neoclássica (e verdadeiros herdeiros da oposição ao *Sherman Act* enquanto instrumento de intervenção pública na atuação das empresas nos mercados), apresenta uma crítica contundente aos fundamentos da política de concorrência e a decisões marcantes do também chamado “Período Liberal” do Direito norte-americano da concorrência, pondo em causa, pela aparente falta de fundamentação económica robusta¹²⁶, a qualificação de determinadas práticas como restrições da concorrência, contrapondo os ganhos de eficiência e de bem-estar geral às presunções de ilegalidade até então vigentes.

A crescente influência desta escola de pensamento (que teria o seu apogeu nas décadas de 1970 e 1980) permitiu que, em primeiro lugar, condutas empresariais normalmente consideradas restritivas da concorrência (como concentrações verticais, e algumas restrições verticais, como a imposição de preços de revenda) passassem a ser analisadas de acordo com os seus efeitos pró-concorrenciais e que, numa fase mais adiantada, se ensaiasse uma análise

¹²⁵ Período em que o Supremo Tribunal foi presidido por Earl Warren (de 1953 a 1969), marcado por uma postura *intervencionista* na apreciação dos casos de aplicação do *Sherman Act* (alterado pelo *Clayton Act*, de 1914, e pelo *Celler-Kefauver Act*, de 1950). A jurisprudência desta época – profusamente criticada pela literatura da “Escola de Chicago” – secundarizou considerações de eficiência económica face a posições de princípio quanto à necessidade de assegurar um princípio de liberdade empresarial decorrente da descentralização ou da *proibição da concentração*, vertical ou horizontal, assente, em termos práticos, na identificação de condutas empresariais proibidas (ou ilegais) *per se*, sem consideração dos seus eventuais efeitos pró-concorrenciais, e na necessidade de assegurar a intervenção pública para a manutenção (ou restabelecimento) das condições de funcionamento do mercado (donde a sua qualificação de “liberal” – na aceção politicamente arreigada nos Estados Unidos quanto à maior intervenção do decisor público no funcionamento do mercado – pelos autores neoclássicos de Chicago): a decisão *Brown Shoe Co. V. United States*, de 1962, *v. g.*, considerou que uma concentração envolvendo duas empresas que representavam apenas 5 % da produção era contrária às provisões anti-concentração do *Celler-Kefauver Act*, refletindo igualmente uma posição jurisprudencial crítica em relação às restrições verticais, como seria sublinhado mais tarde (em 1967), com a decisão *United States v. Arnold, Schwinn & Co.*

¹²⁶ Refiram-se, entre outros, os trabalhos de George STIGLER (1964), O. WILLIAMSON (1968), Robert BORK (1993) e Richard POSNER (1969, 1976). Sugestivamente, Robert BORK considera este período “liberal” como a “antítese” da aplicação do Direito da Concorrência suportado numa análise económica robusta (ob. cit, p. 201).

dos efeitos pró-concorrenciais e das vantagens em termos de eficiência económica de práticas ilegais ou concentrações proibidas *per se*, como a fixação de preços e concentrações horizontais em mercados concentrados¹²⁷. Por sua vez, essa mesma dinâmica começa a ser evidente noutros ordenamentos jurídicos, onde a introdução de normas de defesa da concorrência é mais recente.

Assim, não poderemos deixar de ter em conta os elementos facilitadores de expansão, senão de harmonização ou convergência, que a “abordagem mais económica” acarreta a nível da “globalização” do Direito da Concorrência que, juntamente com o reforço da cooperação administrativa internacional, tem permitido o surgimento de um sistema internacional de defesa da concorrência, assente ainda em relações de cooperação administrativa mais ou menos ténues, mas cujos princípios nucleares, que estruturam cada um dos direitos nacionais de concorrência, assumem uma maior comunidade de valores e interesses¹²⁸.

3. OS OBJETIVOS DA DEFESA DA CONCORRÊNCIA NA UNIÃO EUROPEIA

A determinação dos objetivos do Direito da Concorrência no contexto específico da integração europeia apresenta alguns desafios relevantes, na medida em que devemos considerar, por um lado, o contexto histórico no desenvolvimento da aplicação das regras do Tratado, e o papel que as instituições comunitárias, em especial a Comissão e o Tribunal, tiveram na sua moldagem, e por outro lado, os aspetos programáticos que, em cada momento, se procura atribuir aos artigos 101.º e 102.º.

A modernização do Direito europeu da concorrência, com a sua especial consideração pelos instrumentos e objetivos de natureza económica, contribuiu

¹²⁷ Ver (BAKER, 2003; KOVACIC & SHAPIRO, 2000; Roger VAN DEN BERGH et al., 2002).

¹²⁸ Note-se, ainda, que a “abordagem mais económica” pode ser compreendida no próprio contexto da evolução do Direito europeu da concorrência e da descentralização da sua aplicação, permitindo o desenvolvimento de um sistema “unitário” e científico que possa ser compreendido e aplicado indistintamente do ordenamento nacional em causa. Neste sentido, ver (GERBER, 2010a).

para um debate que, sendo original, nunca estabilizou verdadeiramente num consenso em torno dos objetivos do Direito da concorrência na União Europeia¹²⁹.

Sem prejuízo, esses objetivos podem ser consolidados em torno de duas grandes categorias: uma primeira categoria, *intrínseca* ao Direito da Concorrência, e que assenta nos objetivos económicos que a aplicação de regras de concorrência deve prosseguir, sendo que a determinação desses objetivos dependerá, necessariamente, do modelo teórico que consideremos mais adequado à sua concretização; uma segunda categoria, *extrínseca* ao Direito da concorrência mas absolutamente essencial para a compreensão da própria existência de regras de concorrência no Tratado, que se relaciona com as finalidades específicas da integração europeia e dos mecanismos que os Estados adotaram para a atingir através da adoção do Tratado de Roma.

Se atendermos ao que referimos supra a propósito dos objetivos intrínsecos do Direito da concorrência, determinaremos igualmente a suscetibilidade de o Direito europeu da concorrência poder prosseguir um conjunto de objetivos de natureza económica¹³⁰: a eficiência económica, designadamente, cuja defesa pela Escola de Chicago desencadeou uma verdadeira revolução na aplicação do Direito norte-americano da concorrência a partir da década de 1970, e que passou a merecer cada vez mais maior destaque nas análises anuais da política da concorrência da Comissão Europeia¹³¹, a partir do final da década de 1980, como um dos objetivos da política de concorrência europeia, a lealdade da concorrência (*fairness*), como resulta ainda hoje do

¹²⁹ Ver (GERADIN et al., 2012, p. 19 e ss.; PARRET, 2010).

¹³⁰ Ver (Roger VAN DEN BERGH & CAMESASCA, 2006).

¹³¹ Publicados anualmente desde 1972, na sequência da Resolução do Parlamento Europeu de 7.6.1971, relativa às regras de concorrência e à posição das empresas europeias no mercado comum e na economia mundial, e disponíveis em http://ec.europa.eu/competition/publications/annual_report/#rep_1952.

preâmbulo do TFUE¹³², e que apela às origens ordoliberais inspiradoras, pelo menos em parte, da introdução das regras de concorrência nos Tratados de Paris e de Roma e que orientaram numa fase inicial a aplicação do Direito da Concorrência na então nascente Comunidade Económica Europeia¹³³, a garantia da liberdade económica e de escolha do consumidor, que encontra respaldo textual nos artigos 119.º e 120.º TFEU¹³⁴, e suporte na Escola de Harvard e na sua defesa da garantia da estrutura concorrencial dos mercados, e que se reflete na abordagem da Comissão e da jurisprudência do Tribunal à “especial responsabilidade” das empresas dominantes para efeitos da aplicação do artigo 102.º, ou à configuração de determinadas condutas colusivas como objetivamente restritivas da concorrência e praticamente insuscetíveis de preencher os requisitos do balanço económico positivo para efeito de aplicação do artigo 101.º, de que os acordos entre concorrentes para fixação de preços serão os exemplos mais caracterizados, ou, ainda, a defesa do bem-estar do consumidor¹³⁵.

¹³² “Reconhecendo que a eliminação dos obstáculos existentes requer uma ação concertada tendo em vista garantir a estabilidade da expansão económica, o equilíbrio nas trocas comerciais e a lealdade na concorrência”. Ver Preâmbulo do TFUE.

¹³³ Ver (GERBER, 1998, p. 37). Como notam (GERADIN et al., 2012, p. 20), algumas das decisões adotadas pela Comissão em aplicação do artigo 102.º revelam ainda reminiscências desta necessidade de garantir que a concorrência é jogada lealmente, dando como exemplo a condenação de uma empresa farmacêutica por utilização abusiva de procedimentos administrativos relacionados com a autorização de comercialização de medicamentos. Cf. Decisão da Comissão 2006/857/CE, de 15.06.2006, no proc. COMP/A.37.507/F3, *AstraZeneca*, JO L 332 de 30.11.2006.

¹³⁴ Enquadrados nos domínios da política económica e monetária, os artigos 119.º e 120.º determinam, no essencial, que os Estados-Membros e a União devem atuar, na condução das políticas económicas, “de acordo com o princípio de uma economia de mercado aberto e de livre concorrência, favorecendo uma repartição eficaz dos recursos”. No capítulo 2-4, regressaremos a esta questão a propósito das alterações introduzidas pelo Tratado de Lisboa nas disposições relativas ao “princípio de concorrência” na constituição económica europeia.

¹³⁵ Atente-se, designadamente, às condições de atribuição da justificação a práticas proibidas, nos termos do artigo 101.º, n.º 3, e à necessidade de reservar uma parte equitativa do lucro resultante da restrição aos seus utilizadores e, ainda, o *Guidance Paper* da Comissão relativo à aplicação do artigo 102.º.

Estes objetivos assumem, em momentos determinados na evolução do Direito europeu da concorrência, um peso individual que se pode sobrepor aos demais, tanto por opção de política de concorrência, determinada por circunstâncias concretas relacionadas com a situação económica, como com a necessidade maior ou menor de legitimação e “justificação” dessa política; por outro lado, se é certo que as considerações de eficiência económica e de defesa do bem-estar do consumidor são vistas, atualmente, como os principais objetivos intrínsecos ao Direito da concorrência que devem orientar a aplicação do Direito europeu da concorrência (pelo menos, são certamente os que mais destaque merecem a nível programático), não deixamos de encontrar exemplos concretos na aplicação das regras que se afastam dos padrões maioritários e apelam a outros objetivos.

A questão, todavia, não é meramente abstrata. Confrontados com a aplicação de regras – e precedentes decisórios – assentes em conceitos abstratos de origem económica, ainda que traduzidos em vestes jurídicas – a indefinição dos objetivos que o Direito europeu da concorrência prossegue pode introduzir incerteza no modo como as regras são aplicadas, ao não permitir extrair do corpo de decisões, judiciais e administrativas, orientações concretas para a adequação do comportamento empresarial.

A par dos objetivos intrínsecos ao Direito da Concorrência, a introdução das regras de concorrência no Tratado de Roma e o modo como a Comissão e o Tribunal de Justiça delas extrai um instrumento de promoção e defesa da integração dos mercados, confere ao Direito europeu da concorrência um objetivo específico, e intrínseco ao modelo europeu¹³⁶, que é o da garantia da integração¹³⁷.

¹³⁶ Quanto à identificação dos ordenamentos norte-americano e da União Europeia como os principais modelos de regime jurídico de defesa da concorrência, ver (HAWK, 1990).

¹³⁷ Ver (EHLERMANN, 1992; MARENCO, 2002).

É sobre os contextos e o peso que estes objetivos, intrínsecos e inerentes ao Direito da Concorrência e ao Direito europeu da concorrência, vão assumindo até ao processo de modernização que abordamos de seguida.

3.1. Da fundação à modernização. O Direito europeu da concorrência e a sua circunstância

O carácter dinâmico da integração económica europeia e a natureza funcionalista das regras de defesa da concorrência introduzidas no Tratado de Roma revelam uma evolução dos objetivos do Direito europeu da concorrência marcada pelo estado da integração e pela reunião de fatores intrínsecos à aplicação das normas, designadamente pela Comissão e pelos Tribunais, igualmente permeável ao pensamento jurídico e económico dominante, contribuindo para uma descrição histórica assente na identificação de grandes períodos temporais: um período formativo e fundacional, que arranca do início da integração económica, mas que ganha particular fulgor a partir de 1962¹³⁸, e que se mantém até meados da década de 1970; um período de consolidação, até meados da década de 1980; um período de revisitação das finalidades e objetivos do Direito da Concorrência num contexto de alteração estruturante do processo de integração, até meados da década de 1990; e o período que vivemos atualmente, que inicia em meados da década de 1990 e que se caracteriza pelo processo de “modernização” institucional, mas também substantiva, do Direito europeu da concorrência¹³⁹.

Na conclusão ao presente capítulo abordaremos este fluxo no contexto da apreciação dos objetivos do Direito europeu da concorrência, até ao início do período da modernização, que se inicia em meados da década de 1990, e que será objeto do capítulo seguinte.

¹³⁸ Com efeito, até à aprovação do primeiro regulamento de implementação das regras do Tratado em matéria de concorrência (o Regulamento 17/62), não se pode falar com rigor em aplicação das regras de concorrência da Comunidade.

¹³⁹ Seguimos de perto a caracterização da evolução histórico-temporal proposta por David GERBER (1994a, 1994b, 1998; PACE, 2007; VAN ROMPUY, 2012; WESSELING, 2000). Entre nós, ver em esp. (MARQUES, 2002; MORAIS, 2009a).

O nosso objetivo não é apresentar uma análise histórica exaustiva¹⁴⁰, mas demonstrar que são vários os objetivos que podem ser revelados no Direito europeu da concorrência, e que ao longo do tempo o grau de importância relativa desses objetivos foi objetivo de modificação¹⁴¹.

As próprias fontes das normas do Direito europeu da concorrência permitem identificar na sua origem vários objetivos ínsitos à defesa da concorrência no plano da integração europeia, ainda que por vezes de modo contraditório, tendo vários autores apontado a eficiência produtiva¹⁴² ou a integração dos mercados e o bem-estar do consumidor¹⁴³, como objetivos originários das regras de defesa da concorrência a nível do processo de integração, enquanto outros antecipam no debate em torno dos objetivos “conflitantes” uma tentativa de sobrepor determinado objetivo em detrimento de outros, em especial no contexto da “abordagem mais económica” que orienta o processo de modernização do Direito da Concorrência¹⁴⁴.

¹⁴⁰ Nem ignoramos que não se trata de um debate novo, ou mesmo recente. Neste sentido, vejam-se os contributos reunidos sobre o tema em 1997, *in* (EHLERMANN & LAUDATI, 1998).

¹⁴¹ Questão que, aliás, não se confina à Europa. Com efeito, o mesmo debate é tido nos Estados Unidos da América, onde não obstante o tom marcadamente ideológico para que por vezes resvala o debate científico, não se pode afirmar existir um consenso generalizado sobre o(s) objetivo(s) do Direito da Concorrência. Ver (KIRKWOOD & LANDE, 2008; LANDE, 2013).

¹⁴² Assim, Akman (ob. cit.), que apresenta como principal referência em suporte da sua conclusão o *Rapport des Chefs de Délégation aux Ministres des Affaires Etrangères*, de 21 de Abril de 1956 (“Relatório Spaak”), cujo capítulo respeitante às regras de concorrência necessárias para o estabelecimento de um mercado comum inicia pela identificação das questões que impedem a prossecução dos objetivos de integração dos mercados: “*on est amené à s’interroger sur les conditions qui assureront que la fusion des marchés conduise à la repartition la plus rationnelle des activités, au relèvement général du niveau de vie et à un rythme plus actif d’expansion. Une politique du marché commun pour répondre à ces objectifs essentiels corrige ou complète le fonctionnement automatique du marché par des règles, des procédures ou des actions communes*” (p. 53).

¹⁴³ Nestes termos, ver (FORRESTER, 2001).

¹⁴⁴ Neste sentido, ver (GERBER, 2012). O mesmo autor defende que o ordoliberalismo alemão teve uma influência determinante no Direito europeu da concorrência, não aceitando, sem mais, uma definição dos objetivos do Direito da Concorrência apenas em torno da prossecução da eficiência económica (ver, igualmente do mesmo autor, (1998). Todavia, Gerber não deixa de

3.2. De Paris a Roma

A história do Direito da Concorrência no contexto da integração europeia deve prestar homenagem à Declaração de Robert Schuman de 9 de maio de 1950. Com efeito, a proposta para a criação de uma Alta Autoridade que

identificar diferentes propósitos entre, por um lado, o desenvolvimento dos “Direitos” da Concorrência a nível dos Estados-Membros e, por outro, a consolidação do Direito europeu da concorrência; enquanto que os primeiros podem encontrar as suas raízes nos contextos políticos, jurídicos e económicos dos Estados e dos respetivos sistemas e tradições jurídicas (com marcadas diferenças entre o sistema francês, assente numa maior propensão “*dirigista*” e o sistema alemão, influenciado no seu desenvolvimento pós-guerra pela recuperação do pensamento ordoliberal e pela influência direta dos Estados Unidos na implementação de um sistema económico de matriz liberal), e se desenvolvem em torno de uma maior *juridificação* dos conceitos e mecanismos de aplicação, o Direito europeu da concorrência apresenta-se temperado por outros interesses e fins, alguns relacionados diretamente com o processo de integração, outros com objetivos da política económica, seguindo assim de perto Fernand SPAAK & Jean JAEGER, (1961, pp. 486-487). Como referem estes dois autores (que eram à data, respetivamente, Diretor e Administrador Principal da Divisão de Cartéis e Concentrações da Alta Autoridade da CECA), *“there is a fundamental difference between the basic principles of the rules of competition instituted under national laws and those laid down in a treaty establishing a common market. National laws are laid down after the national market has been in existence for some considerable time. National laws have exclusively the purpose of protecting the consumer and the general interest. They are founded either upon economic principles or upon ethical grounds of equality and liberty in line with the aspirations and the way of life of the inhabitants of the country. Competition thus becomes an end in itself, and the laws serve to attain this end. Where it is proposed to introduce a common market, however, the process is completely reversed. Rules of competition are laid down in advance – i.e., before the common market has come into being. (...) With the establishment of a common market as the objective, competition is, therefore, not an end in itself, but one of the main instruments of an economic policy aiming at the integration of the markets.”* Assim, no seu prefácio a *Prometheus...* (ob. cit., p. xix), Gerber conclui nos seguintes termos: *“competition law in Europe has been developed by Europeans to meet European need, and it is important that the changes be understood as modifications of an evolving European ‘model’ of competition law”*. Assim, e como nota Imelda Maher na sua revisão crítica à obra de Gerber (MAHER, 2000), *“there is a mixture of objectives and concerns underlying the EC competition laws. This trend is dissipating at the national level where the aligned laws tend to be more focused on a narrowing of objectives with efficiency at the centre while in the EC there is now greater recognition of industrial policy, with market integration (while perhaps no longer quite such a central focus in the wake of the Single European Act 1986), still influential on Commission thinking”* (p. 165). Notamos, todavia, que estas palavras foram escritas ainda antes dos passos essenciais do processo de modernização do Direito europeu da concorrência, que ao nível substantivo e administrativo procuram centrar os objetivos do Direito europeu da concorrência em torno de uma língua franca comum, a tal “abordagem mais económica”, e que revelam, pelo menos, uma preocupação mais utilitária (e, dirão alguns, reducionista) do Direito europeu da concorrência em torno da eficiência económica como sua determinante normativa.

coordenasse a produção do carvão e do aço na Alemanha e na França, com a participação de outros países europeus, serviu de base para o processo de integração económica no continente, e não esqueceu o papel da proteção da concorrência.

A Declaração de Schuman avançava com propostas para a implementação de um plano de produção e investimentos, de um mecanismo de regulação de preços e de um fundo de reconversão para racionalizar a produção, procurando estabelecer as bases para um mercado concorrencial¹⁴⁵.

Por outro lado, e significativamente, a Declaração de Schuman era acompanhada de um memorando explicativo sobre cartéis internacionais que colocava a tónica na diferenciação da organização proposta face a um modelo de cartel, procurando garantir que a Alta Autoridade e a organização da produção em comum do carvão e do aço não fossem vistas como um cartel de produção¹⁴⁶,

¹⁴⁵ “Pour atteindre ces objectifs à partir des conditions très disparates dans lesquelles sont placées actuellement les productions des pays adhérents, à titre transitoir certaines dispositions devront être mises en oeuvre, comportant l'application d'un plan de production et d'investissements, l'institution de mécanismes de péréquation des prix, la création d'un fonds de reconversion facilitant la rationalisation de la production...progressivement se dégageront les conditions assurant spontanément la répartition la plus rationnelle de la production au niveau de productivité le plus élevé”. Declaração de Robert Schuman de 9 de maio de 1950, em Paris, disponível em http://www.cvce.eu/obj/declaration_de_robert_schuman_paris_9_mai_1950-fr-9cc6ac38-32f5-4c0a-a337-9a8ae4d5740f.html.

¹⁴⁶ Ver, em especial, o memorando preparado por Jean Monnet para ser distribuído à comunicação social, juntamente com a Declaração de 9 de maio de 1950, que, pelo seu interesse histórico, aqui reproduzimos integralmente: “Note pour la presse accompagnant le texte de la déclaration du 9 mai 1950: par tous ses caractères, l'organisation projetée prend le contre-pied d'un cartel. 1) Dans ses objectifs: l'objectif d'un cartel est le maintien de profits élevés et stables, et la conservation des situations acquises. De là, la fixation de prix qui permet aux entreprises marginales de se maintenir, aux autres entreprises mieux placées, d'obtenir une rente différentielle. L'objectif de l'organisation projetée est l'accroissement de la production et de la productivité, par l'amélioration des méthodes, l'élargissement des marchés et la rationalisation de la production. 2) Dans son mode d'action: Le cartel est essentiellement fondé sur les accords dont le public n'a pas connaissance, et qui permettent de servir l'intérêt de la profession au détriment de l'intérêt commun. L'organisation projetée sera placée sous le regard de l'opinion publique, les Nations Unies feront rapport sur son activité et elle apparaîtra directement responsable à l'égard des pays qu'elle concerne. 3) Dans ses moyens d'action: Les moyens d'action du cartel sont essentiellement la fixation des prix, l'attribution de quotas de production, la répartition des marchés, c'est-à-dire l'élimination permanente de la concurrence aux fins d'une exploitation des marchés par la profession. L'organisation projetée ne se sert des mécanismes de répartition ou de péréquation que comme de mesures de transition

e que encerram no essencial o pensamento originário na base da construção europeia sobre o papel da concorrência.

Com efeito, a futura organização europeia de produção do carvão e do aço não deveria ser confundida com um *cartel internacional tendo por objetivo a exploração de mercados nacionais através de práticas restritivas para manutenção de lucros elevados*, procurando outrossim a *integração dos mercados* e o *aumento da produção do carvão e do aço*, procurando atingir os *mesmos efeitos que resultariam da concorrência perfeita*, mas *através da regulação das etapas necessárias para atingir tal fim, sem as quais o estabelecimento dessa concorrência enfrentaria obstáculos inultrapassáveis*.

Se estas declarações devem ser consideradas no contexto histórico e internacional adequado¹⁴⁷, elas apresentam já um pensamento estruturado

destinées à opérer sans secousse les ajustements nécessaires à une situation dans laquelle les activités se répartiront rationnellement dans les conditions les plus économiques. 4) Dans ses dirigeants: Le cartel est dirigé par des délégués de la profession chargés de servir les intérêts de leurs mandants. L'organisation projetée sera confiée à des personnalités indépendantes joignant à leur capacité technique le souci de l'intérêt général que leur position de responsabilité publique les empêchera de perdre de vue. 5) Dans son domaine: Le cartel a un caractère purement privé, purement professionnel et purement patronal; il ne s'intéresse qu'à une industrie et à ses profits. L'organisation projetée aura la responsabilité de deux industries choisies à cause de leur importance fondamentale pour l'ensemble de l'économie et pour les relations politiques même entre les pays réunis. Elle est responsable aussi bien de l'élévation du niveau de vie de la main d'œuvre employée par ces industries. L'importance de sa mission est dès lors moins de régler le statut de deux industries prises en elles-mêmes que, à partir de ces industries, de développer les moyens et les conditions d'un relèvement du niveau de vie de la main d'œuvre et d'une expansion des économies. C'est par ce dernier trait que l'organisation projetée acquerra une autorité qui s'imposera aux Gouvernements eux-mêmes. Telle est sa portée politique. En termes économiques, au rebours d'un cartel, elle tend à faire prévaloir les effets mêmes qui résulteraient d'une parfaite concurrence, mais en ménageant les étapes nécessaires, faute desquelles l'établissement de cette concurrence se heurterait à des résistances insurmontables". Disponível em http://www.cvce.eu/obj/notes_pour_la_presse_relatives_a_la_declaration_du_9_mai_1950-fr-bdca3bc3-d907-42fc-a6f3-d695ad110e8f.html.

¹⁴⁷ Com efeito, muito embora já em 1927 a Conferência Económica Mundial promovida pela Sociedade das Nações tenha discutido o papel dos cartéis internacionais e proposto o desenvolvimento de esforços internacionais coordenados na luta anti cartel, à época não existia sequer um consenso quanto aos efeitos económicos negativos dos carteis; outrossim, vários Estados consideravam-nos um meio legítimo de organização da atividade económica, resultado da liberdade de empresa (e enquanto forma aceitável de protecção da produção nacional), enquanto apenas duas das principais economias mundiais (os Estados Unidos da América e o

sobre o papel pernicioso dos cartéis no funcionamento de uma economia de mercado, e que modela as etapas seguintes na edificação de um sistema de promoção e defesa da concorrência, como instrumento de integração dos mercados e de prossecução de finalidades económicas claras¹⁴⁸.

Canadá) possuíam regras nacionais efetivas de defesa da concorrência “interna”. Apenas na sequência da 2.ª Guerra Mundial e no âmbito dos esforços de desenvolvimento de um novo sistema económico mundial assente no comércio livre que complementasse o sistema monetário desenvolvido na sequência da conferência de Bretton Woods, é que a criação de um sistema de regras destinadas a controlar a existência de cartéis internacionais recupera algum fôlego. Assim, a Carta de Havana, de 1948, que instituía a Organização Internacional do Comércio, regulava restrições públicas e privadas à concorrência transfronteiriça. As regras relativas às restrições ao comércio de natureza pública foram negociadas entre 1946-48 e codificadas no Acordo Geral sobre Comércio e Tarifas, que se deveria converter no Capítulo 4 da Carta de Havana (uma vez ratificada); tendo a ratificação da Carta de Havana falhado, a manutenção do Acordo Geral (ainda que assente num sistema institucional *ad hoc*), permitiu o desenvolvimento e consolidação do sistema internacional de comércio livre até à criação da Organização Mundial do Comércio, já na década de 1990. Todavia, ao abandonar-se a Carta de Havana, caíram por terra as regras aí previstas (no seu Capítulo 5, nos artigos 46 a 54), relativas às restrições ao comércio e à concorrência de natureza privada. Embora com debilidades institucionais (as disputas deveriam ser resolvidas através de um mecanismo arbitral de resolução de litígios), a Carta de Havana determinava que os membros deveriam combater práticas comerciais restritivas que afetassem o comércio internacional, limitando a concorrência, o acesso aos mercados ou que promovessem a monopolização (cf. artigo 46 da Carta de Havana); assim, a fixação de preços a nível internacional, a repartição de mercados e a fixação de quotas de mercado ou de produção deveriam ser comportamentos empresariais que os Estados membros da Organização Internacional do Comércio deveriam banir. Para uma análise do processo de negociação da Carta de Havana e subsequente colapso das tentativas de criação de um sistema internacional de defesa da concorrência, bem como do estado atual do processo de *globalização* da concorrência, ver (BUDZINSKI, 2008; GERBER, 2010b). Embora não seja o objetivo do nosso estudo aprofundar a história da criação de um sistema internacional de regras de defesa da concorrência (e que, ainda hoje, já no contexto da Organização Mundial do Comércio, continua a suscitar pouco interesse por parte dos principais atores do comércio mundial), não podemos deixar de sublinhar a importância deste contexto histórico na formulação da Declaração de Schuman.

¹⁴⁸ Neste sentido, não seguimos integralmente Chirita quando infere da Declaração de Schuman e do memorando relativo aos cartéis internacionais que a acompanha (ob. cit, p. 286), que “*in the fight against cartels, the High Authority was called to ensure that the same market conditions which existed under perfect competition would prevail, without which the establishment of competition would face an insurmountable hurdle*”. Assim, se é certo que a organização comum da produção do carvão e do aço tinha o objetivo declarado de criar as condições de funcionamento de um mercado concorrencial, não temos por certo que a luta anti cartel fosse um dos seus objetivos primários. Com efeito, a Declaração de Schuman e o memorando relativo aos cartéis devem ser entendidos no contexto da criação de um sistema de comércio internacional que, ao abrigo da Carta de Havana de 1948, previa um conjunto de regras e obrigações relativas às práticas restritivas da concorrência com efeitos sobre o comércio internacional, que se impunham aos Estados membros da futura Organização Internacional do Comércio e, igualmente, às empresas. É assim com uma preocupação essencialmente cautelar, que deve ser entendida a necessidade sentida pelo Governo Francês (e, em especial, por Jean Monnet) ao

Em especial, porque os objetivos de promoção da concorrência são apresentados como elementos essenciais para atingir os fins da integração: com efeito, ao colocar-se a tónica na integração dos mercados com vista a introduzir mecanismos de racionalização da produção e aumento da produtividade, procurando introduzir as condições de funcionamento concorrencial do mercado, a Declaração de Schuman adota uma clara posição sobre o papel da concorrência no funcionamento e desenvolvimento dos mercados, e que será uma das pedras-de-toque da integração, em especial com as negociações que dariam origem ao Tratado de Roma.

As regras de concorrência incluídas no Tratado de Paris de 1951 são as predecessoras diretas das regras que viriam a ser introduzidas no Tratado de Roma de 1957.

Como Jean MONNET revela nas suas memórias, esta previsão está relacionada como o interesse dos Estados Unidos em garantir a redução do grau de concentração da indústria alemã, mas também para atenuar os receios de que se pretendesse reavivar o velho cartel europeu do aço¹⁴⁹. O Tratado CEEA proíbe

anunciar que a organização em comum da produção do aço e do carvão pela França e a Alemanha não deveria ser entendida como um cartel internacional, apresentando em suporte dessa posição as características que, no seu entender, distinguiam ambas as realidades. Em suporte desta conclusão, veja-se o telegrama de 12 de maio de 1950 do então Secretário de Estado norte-americano Dean Acheson, descrevendo o contexto e as origens da Declaração Schuman (e que é um precioso testemunho sobre o papel de Jean Monnet na sua preparação), em especial quanto ao memorando sobre cartéis internacionais que acompanhava a Declaração Schuman que transcrevemos supra: *“Following is translation of memorandum prepared by Monnet group defending proposed merger plan against accusation that it will create cartel”*. Disponível em http://www.cvce.eu/obj/telegram_from_dean_acheson_to_james_e_webb_on_the_schuman_plan_12_may_1950-en-db8f3f68-c4d3-4077-8b5e-c97c89acc2ba.html.

¹⁴⁹ Ver (MARTIN, 2007; MONNET, 1976; MOURA E SILVA, 2010). O papel das preocupações norte-americanas relativamente ao grau de concentração da indústria do aço alemã e a sua insistência em não abrir mão do seu controlo no âmbito da ocupação aliada da Alemanha Ocidental sem que a existência de um quadro legal claro em matéria de concorrência (abrangendo cartéis e concentrações) estivesse assegurado é igualmente sublinhado por (MESTMÄCKER, 2013). Finalmente, convirá não ignorar a experiência europeia anterior à 2.ª Guerra Mundial, em que cartéis transnacionais visavam proteger os interesses comuns dos grandes produtores e, igualmente, garantir o controlo sobre os respetivos mercados nacionais. O mais famoso, o *“cartel internacional do aço”*, criado em 1926 pela Alemanha, França, Bélgica e

de modo genérico acordos restritivos da concorrência¹⁵⁰, conferindo à Alta Autoridade a possibilidade de permitir determinados acordos, desde que as condições previstas no Tratado se verificassem¹⁵¹. O Tratado CECA proibia igualmente práticas discriminatórias ou desleais, estabelecia a necessidade de autorização prévia para concentrações horizontais e previa uma disposição específica relativa a abusos de poder de mercado¹⁵².

Luxemburgo (e a que aderirão seguidamente a Áustria, a Hungria e a Jugoslávia), assentava em mecanismos institucionais próprios (através de um comité executivo), que fixava as quotas de produção a alocar a cada país membro do acordo e assegurava a sua implementação através de um sistema de subsídios e sanções para situações de sobre ou subprodução. Este cartel impunha limitações em termos de penetração dos mercados externos, permitindo a cada país membro organizar o respetivo mercado interno (e os seus próprios cartéis domésticos), protegendo as empresas nacionais da concorrência internacional e garantindo a estabilidade dos preços mediante o controlo da produção e a limitação das importações. Com alterações a partir de 1933 (em que se passa a designar como “cartel internacional de exportação do aço”), o cartel alargou-se ao Reino Unido (1935) e aos Estados Unidos (1938), e manteve-se em vigor até ao início da 2.ª Guerra Mundial. Ver (BARBEZAT, 1989).

¹⁵⁰ Cf. artigo 65.º, 1 do Tratado CECA: *“Sont interdits tous accords entre entreprises, toutes décisions d’associations d’entreprises et toutes pratiques concertées qui tendraient, sur le marché commun, directement ou indirectement, à empêcher, restreindre ou fausser le jeu normal de la concurrence et en particulier: a) à fixer ou déterminer les prix; b) à restreindre ou à contrôler la production, le développement technique ou les investissements; c) à répartir les marchés, produits, clients ou sources d’approvisionnement”*.

¹⁵¹ Cf. artigo 65, n.º 2 do Tratado CECA.

¹⁵² Cf. artigos 60.º, 66.º, n.º 1 e n.º 2 do Tratado CECA. Todavia, o sucesso prático destas regras foi muito reduzido, tendo as normas de concorrência do Tratado CECA tido pouca aplicação prática, pelo menos na fase inicial da Comunidade. Ver (GERBER, 1998, pp. 335-342). Por outro lado, não podemos deixar de referir que o Tratado CECA apresentava uma preocupação com empresas dominantes que não seria transposta para o Tratado CEE; com efeito, o Tratado CECA proibia comportamentos abusivos e regulava concentrações horizontais de modo a impedir a criação de posições dominantes, enquanto que o Tratado CEE é omissivo em relação ao controlo de concentrações. Como referem (SPAACK & JAEGER, 1961, p. 506), *“this deficiency in the Treaties can be explained chiefly by the fact that the rules of competition were laid down before the Common Market was actually introduced. The very purpose of a common market is to raise the standard of living, to expand sales outlets, and to increase trade. These objectives imply continued expansion of production and a corresponding growth of the enterprises. It must not be overlooked that European enterprises have remained of a size in keeping with the limitations of their national markets. The Common Market is an attempt to bring about their adaptation to the production conditions of today and in particular to the requirements of a larger Market. It is therefore, understandable that this development was not to be hampered by restrictions where these were not essential to the introduction and operation of the Common Market”*.

O Relatório Spaak – que servirá de base ao Tratado que instituirá a Comunidade Económica Europeia – introduz assim um capítulo específico relativo às regras de concorrência¹⁵³, que incide sobre três pontos essenciais: a possibilidade de manutenção (ou introdução) de legislação nacional *anti dumping*, com vista à sua harmonização relativamente a Estados terceiros findo um período transitório; uma política de concorrência comum, visando uma atuação contra “monopólios” no mercado comum, e que deveria ser limitada às práticas que afetem o comércio entre Estados e que assumam a forma de cartéis (*‘ententes’*) ou monopólios que adotem práticas discriminatórias¹⁵⁴; e os auxílios concedidos pelos Estados a agentes económicos nacionais.

¹⁵³ Como se refere na introdução do Relatório Spaak (p. 14), *“les protections qui éliminent la concurrence extérieure ont d’ailleurs pour le progrès de la production et le relèvement du niveau de vie une conséquence particulièrement nocive: ce sont les facilités et l’incitation qu’elles donnent à l’élimination de la concurrence interne... ces avantages d’un marché commun ne peuvent cependant être obtenus que si des délais sont accordés et des moyens collectivement dégagés pour permettre les adaptations nécessaires, s’il est mis fin aux pratiques par lesquelles la concurrence est faussée entre les producteurs”*. Por isso mesmo, o Relatório Spaak identifica a introdução de regras de concorrência como um dos *leitmotiv* da criação do mercado comum (p. 15): *“la création d’un marché commun exige une action convergente suivant trois grandes orientations, autour desquelles sont articulées les propositions de ce rapport: l’établissement de conditions normales de concurrence et le développement harmonieux de l’ensemble des économies intéressés permettent d’envisager de parvenir, par étapes successives, à la suppression de toutes les protections qui font actuellement obstacle aux échanges et qui morcellent l’économie européenne; ces conditions normales de concurrence exigent des règles et des procédures en vue de redresser l’effet des interventions des Etats ou des situations de monopole”*. Como ilustram Spaak & Jaeger (ob. cit., p. 487), numa passagem de especial elegância, *“competition has been chosen as the motive force of the economic revolution that is to promote the interpenetration of several national economies, prisoners for centuries of their different structures, different traditions and habits, and merge them in a new economic entity, the European Common Market”*.

¹⁵⁴ Em especial, (p. 55), *“une intervention dans les cas de discrimination sera justifiée quand l’acheteur est pratiquement obligé de se soumettre aux conditions du fournisseur et subit, de ce fait, un dommage dans la concurrence. Tels sont les deux critères. Cette délimitation fait porter l’effort sur les discriminations exercées par une entreprise au bénéfice d’une position dominante sur le marché, ou résultant d’une entente entre entreprises, et la discrimination s’apprécie entre utilisateurs eux-mêmes en concurrence entre eux”*. Noutra passagem, o objetivo do futuro tratado em matéria de defesa da concorrência é tornado claro na sua ligação funcional ao objetivo de criação do mercado comum (loc. cit.): *“plus généralement, le traité devra prévoir les moyens d’éviter que des situations ou des pratiques de monopole mettent en échec les objectifs fondamentaux du marché commun”*.

Neste contexto, a defesa da concorrência surge como um meio para atingir um fim determinado, a integração dos mercados nacionais e a criação de um mercado comum.

Os conceitos base – a produtividade, o aumento da eficiência e do bem-estar geral – assentam numa conceção prévia do modelo económico em que essa integração deveria assentar, como pressuposto necessário da remoção de fronteiras ou separações económicas entre os Estados, garantindo que esse Mercado Comum funcionaria de acordo com regras que eliminariam práticas ou comportamentos que alterassem o jogo da concorrência ou que fossem considerados discriminatórios (e, assim, que permitissem a sujeição desse mercado comum a um regime de funcionamento em livre concorrência)¹⁵⁵.

Se o Relatório Spaak pode ser considerado o principal esforço preparatório para o Tratado de Roma, não podemos ignorar que as normas aí previstas são essencialmente o resultado do compromisso político entre os principais Estados participantes nas negociações e, especialmente, entre a França e a Alemanha; pela mesma razão, as normas originais do Tratado em matéria de concorrência não deixam de refletir o compromisso possível entre duas visões nem sempre conciliáveis da organização do sistema económico e das instituições necessárias ao mesmo.

Assim, e enquanto a Alemanha assumia uma posição mais clara quanto à necessidade de salvaguardar a promoção da livre concorrência como um mecanismo essencial para a prossecução do Mercado Interno (seguindo de perto as propostas de Spaak), a representação francesa pretendia uma maior salvaguarda da capacidade de cada Estado poder intervir diretamente na

¹⁵⁵ Como nota (SCHWEITZER, 2008), o Relatório Spaak não apresentava propostas concretas quanto à redação das normas a prever no Tratado, mas sim um conjunto de soluções que antecipavam em grande medida o dispositivo normativo que deveria ser aprovado. Por outro lado, algumas das referências conceptuais do Relatório (designadamente, o conceito de “monopólio”), abrangiam tanto os comportamentos de empresas com posição dominante, como os acordos restritivos da concorrência.

economia¹⁵⁶; simultaneamente, se a Alemanha era, no momento da discussão do Tratado de Roma, o único dos Estados fundadores com um quadro normativo “moderno”¹⁵⁷, também é verdade que a defesa da concorrência não estaria na primeira linha das preocupações dos negociadores, e que a previsão de regras suficientemente vagas, sem qualquer disposição específica em matéria de execução ou de aplicação prática, admitiria a possibilidade de a mesma se sujeitar no futuro a negociações políticas e a compromissos que poderiam diminuir a sua relevância prática.

¹⁵⁶ Alguns documentos históricos contemporâneos permitem-nos uma visão mais clara das negociações entre os futuros membros da CEE e das posições assumidas por cada um. Assim, no final da Conferência de Veneza, uma reunião dos ministros dos negócios estrangeiros dos seis Estados membros da CECA, que se realizou entre 29 e 30 de maio de 1956 para discutir o Relatório Spaak e os passos seguintes do processo de criação de um mercado comum, Walter Hallstein (o futuro primeiro presidente da Comissão Europeia), então Secretário de Estado dos Negócios Estrangeiros da República Federal Alemã, comunicava ao Governo Alemão o seguinte resumo das posições francesas naquela conferência: “*accords sur le principe de concurrence, sur la politique de l’équilibre de la balance des paiements et sur la politique économique et commerciale commune (...) Les Français (Pineau) sont d’accord avec une négociation commune des traités. Nouvelle proposition à propos du Marché commun: pas de fixation irrévocable des étapes au départ, mais passage à la deuxième étape sans nouveau traité à ratifier, à la condition sine qua non que les problèmes de l’étape précédente soient résolus. (...) Enfin, ils exigent l’autonomie pour leur politique économique, y compris pour les éléments dirigistes*”. Telegrama de Walter Hallstein ao Ministério dos Negócios Estrangeiros da República Federal Alemã, de 30 de maio de 1956, disponível em http://www.cvce.eu/obj/telegramme_de_walter_hallstein_au_ministere_des_affaires_etrangeres_allemand_30_mai_1956_-fr-434b4f9f-e271-4650-84e9-22e17b748cf4.html. Já em outubro de 1955, a delegação francesa no comité intergovernamental criado pela Conferência de Messina (o comité que estaria na origem do Relatório Spaak), apresentava um memorando no qual assinalava as principais preocupações inerentes à introdução de regras comuns de defesa da concorrência sem que se resolvessem algumas questões que, na perspetiva francesa, implicavam a existência de condições de organização e remuneração do trabalho díspares entre os vários Estados participantes, permitindo “*pratiques par lesquelles la concurrence est faussée entre les producteurs*”. Exemplos apresentados pela delegação francesa: aplicação efetiva do princípio da igualdade salarial entre homens e mulheres; fixação uniforme do número de horas de trabalho semanal a partir do qual deveriam ser pagas horas suplementares, e a harmonização dessa majoração; a uniformização do regime de férias pagas e do regime de remuneração do trabalho em dias feriados, bem como a harmonização, “*au niveau le plus élevé*”, dos regimes de segurança social. Memorando da Delegação Francesa ao Comité Intergovernamental, de 14 de outubro de 1955, disponível em http://www.cvce.eu/obj/memorandum_de_la_delegation_francaise_au_comite_intergouvernemental_bruxelles_14_octobre_1955-fr-c0bd3af2-7681-43cb-a127-5c34e06a77e9.html.

¹⁵⁷ Embora, como sublinham (GERBER, 1998; HARDING & JOSHUA, 2010), a Alemanha não fosse nesta altura o único Estado europeu com regras específicas relativas à defesa da concorrência.

Com efeito, e se tivermos em conta que os princípios fundamentais do Direito Comunitário apenas serão desenvolvidos *a posteriori* pelo Tribunal de Justiça, a previsão das normas de concorrência no Tratado não afetaria a margem de liberdade dos Estados, enquanto *senhores dos Tratados*, na sua aplicação concreta, ou na sujeição a interesses nacionais individuais¹⁵⁸, à luz da abordagem tradicional do Direito Internacional Público.

Em termos substantivos, as negociações acabaram por incidir na previsão de um princípio de não-discriminação proposto pela França, e que implicaria a necessidade de cada empresa conceder as mesmas condições comerciais dos seus concorrentes, a extensão desse princípio aos acordos restritivos da concorrência e aos abusos de posição dominante, e a aplicação das regras a empresas públicas¹⁵⁹; o compromisso franco-alemão afastaria a previsão de um princípio genérico de não-discriminação como condição de aplicação das regras de concorrência (com exceção do princípio geral da não-discriminação em função da nacionalidade), assentaria na proibição genérica de acordos e de abusos de posição dominante¹⁶⁰. Finalmente, e respeitando uma posição desde sempre defendida pela França, o sector agrícola beneficiaria de uma exceção à aplicação das regras da concorrência, complementando a criação de uma política comum para o sector.

Poderemos ver neste compromisso uma barganha entre a França e a Alemanha, mas tal conclusão não pode ser excessivamente simplificada: nem a defesa da concorrência assumiu a importância nuclear que muitos dos seus

¹⁵⁸ Como nota (MESTMÄCKER, 2013, p. 192), “*compromises were made possible behind a veil of ignorance or a failure of foresight. Both were due to the traditional international law interpretation of treaties as only binding on states and their governments*”. Sobre este ponto, ver (VAN ROMPUY, 2012), que conclui que “*the competition rules, and not in the least the two antitrust rules, were formulated broadly and vaguely. While the contracting States agreed on the inclusion of these provisions in the Treaty, they were not necessarily of the same mind as to their exact status beyond their role in the market integration process. The EEC Treaty left open all questions regarding how and by whom the rules should be enforced*” (p. 135).

¹⁵⁹ Ver (AKMAN, 2009b; SCHWEITZER, 2008; VAN ROMPUY, 2012; WESSELING, 2000).

¹⁶⁰ Mas não, note-se, na aquisição dessa posição dominante, nem no controlo de concentrações de empresas como meio de aquisição de uma posição dominante.

cultores gostariam de perceberem no dealbar da construção europeia, como a sua previsão no Tratado de Roma se deverá tanto à aceitação genérica de um *princípio de concorrência* como instrumento de integração dos mercados, mas sem conceder demasiado na soberania e na capacidade de atuação da política nacional de cada Estado¹⁶¹.

Com efeito, nada no Tratado de Roma impediria que as regras de concorrência aí previstas fossem aplicadas (apenas ou com a participação acessória da Comissão¹⁶²), pelos próprios Estados¹⁶³, ou que a sua aplicação pela Comissão fosse sujeita a uma supervisão nacional estrita, pelas autoridades nacionais ou pelo Conselho, que tivesse o efeito prático de reduzir o impacto formativo da política de concorrência no Mercado Interno.

Seria a aplicação prática destas normas pela Comissão Europeia – que nelas encontrou campo possível e fértil para consolidação da sua identidade e poder institucional – e a densificação dos conceitos pelo Tribunal de Justiça – que neles suportou o recurso aos instrumentos teleológicos e finalistas de interpretação com que legitimou a densificação dos próprios princípios fundamentais do Direito Comunitário –, mas também pelos mecanismos próprios da *comunitarização*¹⁶⁴, que as normas dos artigos 101.º e 102.º TFUE se consolidariam como a base do Direito europeu da concorrência e que, de outra

¹⁶¹ A Alta Autoridade estava autorizada a conceder isenções aos acordos proibidos nos termos do artigo 65.º, e embora de natureza temporária e condicional, essas isenções acabaram por ser aplicadas com alguma liberalidade; com efeito, o percurso empreendido pela CECA até ao Tratado de Roma não permitiu a consolidação – mesmo a nível administrativo – de uma verdadeira cultura de concorrência; embora, como reconhece (GERBER, 1998, p. 341), à CECA sempre terá de se dar o destaque de ter servido de inspiração, ou protótipo, ao modelo que seria introduzido pelo Tratado CEE. Ver, igualmente, (MCGOWAN, 2010).

¹⁶² Tenha-se em conta, aliás, o regime originalmente previsto nos artigos 87.º, 88.º e 89.º do Tratado CEE, que tornava clara a possibilidade da aplicação partilhada das regras de defesa da concorrência do Tratado entre os Estados e a Comissão.

¹⁶³ Como é, aliás, a regra geral de execução do Direito primário e secundário do Direito da União Europeia.

¹⁶⁴ Enquanto modelação da ordem jurídica nacional de acordo com os princípios e normas do Direito da União Europeia. Ver, e.g., (WEILER, 1981, 1991).

forma, poderia mesmo não ter surgido, ou não se ter desenvolvido com as características que hoje reconhecemos. O acaso é também, não podemos ignorar, um importante construtor da História¹⁶⁵.

3.3. Os atores e as idades do Direito europeu da concorrência

Como referimos já, a abordagem descritiva adotada por vários autores para demonstrar o carácter evolutivo do Direito europeu da concorrência assenta na identificação de uma sucessão de períodos temporais balizados aproximadamente de acordo com eventos temporalmente identificados, ou por referência às décadas mais relevantes entre o “momento fundacional” do Direito europeu da concorrência e o presente. Esta abordagem, com a qual concordamos genericamente pela sua clareza expositiva ao permitir uma identificação dos principais fatores que caracterizam mudanças significativas, ou paradigmáticas, no Direito europeu da concorrência, apresenta vantagens especialmente significativas na perspetiva pedagógica, já que permite identificar, através de períodos temporais balizados, as principais características diferenciadoras que marcam a evolução do pensamento e da aplicação prática do Direito. Mas apresenta, todavia, algumas insuficiências que não podemos deixar de apontar¹⁶⁶.

Desde logo, esta segmentação reveste alguma artificialidade, uma vez que os fatores que permitem caracterizar cada um dos períodos identificados resultam muitas vezes de desenvolvimentos anteriores, embora apenas adquiram uma influência determinante na evolução dos parâmetros de interpretação ou aplicação normativa em momento posterior.

Em segundo lugar, em cada um desses períodos identificamos igualmente situações que permitem identificar inflexões ou, se quisermos, elementos

¹⁶⁵ O que nos leva a recordar o *bon mot* de Blaise PASCAL (*Pensées*): “*le nez de Cléopâtre, s’il eût été plus court, toute la face de la terre aurait changé*”.

¹⁶⁶ Que os próprios proponentes, note-se, não deixam de sublinhar.

circunstanciais que justificam uma abordagem *cum gravis salis* à identificação de paradigmas maioritários.

Finalmente, porque podemos igualmente atestar uma evolução paulatina, eventualmente incompatível com a identificação de períodos precisos que, precisamente pela sua maior simplicidade expositiva, podem conduzir, ainda que inadvertidamente, a uma excessiva *simplificação* da descrição da evolução do Direito europeu da concorrência. Em especial, ao induzir a identificação de ruturas ou cisões dogmáticas nem sempre facilmente perceptíveis na prática no modo como os fatores que permitem caracterizar tais períodos vão surgindo e consolidando¹⁶⁷.

Por tais motivos, e sem prejuízo de identificarmos vantagens nesta abordagem, procuraremos neste ponto dar maior destaque aos principais fatores que influenciaram a evolução do Direito europeu da concorrência, tanto a nível dos objetivos por si prosseguidos, como dos seus parâmetros de interpretação, e o modo como, desde o Tratado de Roma, a sua influência se tem feito sentir, recorrendo à delimitação temporal pela maior facilidade expositiva já referida. Com esta abordagem, procuraremos identificar aqueles que são, na nossa opinião, os principais elementos que contribuíram para essa evolução, sublinhando a influência dos principais *atores* institucionais e dos contextos em que estes atuam, no modo como tais elementos influenciaram o Direito europeu da concorrência.

Neste contexto, os papéis assumidos pela Comissão e pelo Tribunal de Justiça assumem especial relevo, pois é do diálogo entre as duas instituições que resultam os principais elementos caracterizadores do Direito europeu da

¹⁶⁷ Para uma abordagem distinta relativamente ao Direito da concorrência norte-americano, ver (KOVACIC, 2003).

concorrência e do modo como a aplicação do mesmo vai sofrendo mutações ao longo do tempo¹⁶⁸.

3.3.1. A liberdade de concorrência como meio de integração dos mercados

Quando o Tratado de Roma entrou em vigor no dia 1 de janeiro de 1958, pouco mais existia para além das normas nele previstas em matéria de concorrência, deixando ao Conselho a obrigação de adoção dos regulamentos ou diretivas, sob proposta da Comissão, necessárias à aplicação efetiva dos princípios então previstos nos artigos 85.º e 86.º do Tratado CEE¹⁶⁹. Neste momento inicial, a Comissão, liderada por Walter Hallstein, avança com a preparação dos instrumentos originários de implementação das regras do Tratado CEE – que seriam adotados através da aprovação do Regulamento 17/62¹⁷⁰ – e com a definição dos objetivos que deveriam guiar a política da concorrência à luz das provisões do Tratado¹⁷¹, mas apenas com a entrada em

¹⁶⁸ “*The scarce competition law provisions of the Treaty did not create the system. It has been sculpted by interactions between that text and political and economic ideas and interest, and changes in those ideas and interests will continue to reshape it*” (GERBER, 1998, p. 385).

¹⁶⁹ Cfr. artigo 87.º, n.º 1 do Tratado de Roma (versão original), disposição que desapareceria do Tratado CEE apenas com o Tratado de Amesterdão.

¹⁷⁰ Como nota (GOYDER, 2003), a Comissão absteve-se de aplicar as regras do Tratado até à entrada em vigor do primeiro regulamento de execução, embora não estivesse formalmente impedida de as executar. Todavia, e como referimos anteriormente, o facto de a Comissão não ter herdado da Alta Autoridade uma experiência prática substancial de aplicação das regras de concorrência do Tratado CECA terá efetivamente contribuído para essa *timidez* inicial.

¹⁷¹ Objetivos resumidos pelo primeiro Comissário para a Concorrência, Hans von der Groeben (GROEBEN, 1960, p. 5), nos seguintes termos: “*The rulings on competition are intended to prevent trade between the Member States and the exchange of services in the widest sense being hampered and warped either by distortions of competition i.e., by differences in national regulations or administrative practices, or restricted by price agreements or the taking of improper advantage of economic power (...) in working out common policies for agriculture and for transport and finding a joint solution for the problem of energy, care will have to be taken that due attention is paid to the principles of competition and of the common policy on competition. In coordinating trade within the Community it must also be kept constantly in mind, if we accept the basic concepts of the Treaty, that the pattern of economic life must depend on competition*”. Nestes termos, GROEBEN define os cinco princípios da Comunidade para a política de concorrência: (1) a necessidade de relacionar e articular (“*direct relationship*”) a política de concorrência da Comunidade com os restantes objetivos do Tratado; (2) a garantia do tratamento uniforme dos vários interesses em conflito

vigor do primeiro regulamento de implementação se inicia efetivamente a aplicação das regras de concorrência previstas no Tratado.

O Regulamento 17/62 introduziu um sistema administrativo altamente centralizado, assente na aplicação direta do artigo 101.º, n.º 1 e num sistema de notificação prévia para atribuição de isenções individuais a acordos ou práticas individuais, optando-se assim por atribuir à Comissão os poderes necessários para diretamente – se necessidade de intervenção ou intermédio das autoridades nacionais – aplicar as regras de concorrência do Tratado, sujeita apenas à jurisdição do Tribunal de Justiça. Reforçava-se assim a natureza *supranacional* da Comissão enquanto autoridade responsável pela aplicação das regras de concorrência, que tinha já norteado a definição do papel da Alta Autoridade da CEE para a mesma missão, embora com pouco sucesso prático.

Com efeito, por um lado era atribuída à Comissão competência exclusiva para isentar do âmbito de aplicação do artigo 101.º, n.º 1 quaisquer acordos ou práticas que preenchessem os critérios previstos no n.º 3 do mesmo artigo¹⁷², o que daria origem, mais tarde, ao acumular de notificações prévias que estaria na base da exaustão administrativa da Comissão e da sua justificação para a reforma administrativa que daria origem ao regulamento de implementação atualmente em vigor, o Regulamento 1/2003¹⁷³; por outro lado, à Comissão são atribuídas

numa *política comum de concorrência* para um mercado ainda em integração impõe uma administração centralizada a supranacional da política de concorrência; (3) a promoção da política comum de concorrência depende da existência de condições uniformes a nível dos Estados-Membros para a aplicação das regras do Tratado; (4) a adoção de uma abordagem pragmática aos problemas resultantes da implementação de uma política comum de concorrência permitirá enquadrar os interesses em conflito com as linhas gerais dessa política; (5) novas distorções da concorrência devem ser evitadas, em especial as que resultam de intervenções dos Estados (auxílios e medidas legislativas ou administrativas).

¹⁷² Cf. artigo 9.º, n.º 1 do Regulamento 17/62.

¹⁷³ Embora o Regulamento 17/62 não estipulasse a obrigatoriedade de notificação prévia de todos os acordos, ao determinar que apenas aqueles que fossem notificados poderiam beneficiar da isenção acabaria por configurar uma percepção de obrigatoriedade da notificação prévia. Considerando que o sistema de isenção não poderia ser utilizado como argumento para a reforma administrativa que deu origem ao Regulamento 1/2003, ver, e.g., (MOURA E SILVA, 2000).

competências de investigação diretas, o que combinado com a cedência de jurisdição das autoridades nacionais sempre que a Comissão iniciasse uma investigação¹⁷⁴, teve como resultado direto o afastamento das autoridades nacionais da aplicação das regras de concorrência europeias¹⁷⁵.

Concomitantemente, o Regulamento 17/62, ao admitir a cedência da competência de aplicação das regras de concorrência a uma burocracia supranacional centralizada na Comissão, determina também o afastamento do próprio Conselho na determinação do que sejam os objetivos da política da concorrência, que é assim efetivamente comunitarizada¹⁷⁶.

Para além da organização do aparelho administrativo necessário à aplicação efetiva das regras da concorrência no mercado interno, a definição dos princípios base do Direito europeu da concorrência encontra a sua fonte na dialética inicial entre a Comissão e o Tribunal de Justiça, instituição que será fundamental no alargamento do *império* do Direito europeu da concorrência ao recorrer, para interpretação e integração das normas dos artigos 101.º e 102.º, aos métodos teleológicos e funcionalistas que, noutros domínios levar-nos-iam à edificação dos princípios da Ordem Jurídica Comunitária¹⁷⁷.

Assim, seria no contexto da definição dos objetivos previstos no Tratado e na finalidade originária da Comunidade – a criação de um mercado interno – que o Tribunal encontrará o diapasão necessário, como teve oportunidade de

¹⁷⁴ Cf. artigo 9.º, n.º 3 do Regulamento 17/62.

¹⁷⁵ Embora as autoridades nacionais mantivessem a competência para verificar violações ao artigo 101.º, n.º 1, tanto a possibilidade de preempção da Comissão como, mais importante, a competência exclusiva de verificação dos pressupostos de isenção do n.º 3 do mesmo artigo efetivamente diminuíam a capacidade de as autoridades nacionais terem uma intervenção decisiva.

¹⁷⁶ O que não resulta diretamente do Tratado. Como nota (GERBER, 1998, p. 386 e ss.), tratou-se de uma decisão política assente na necessidade de garantir a prossecução dos fins do Tratado. O afastamento do Conselho das questões de concorrência será reforçado pela aprovação do Regulamento 19/65, que permite à Comissão introduzir os atos legislativos necessários à isenção de categorias de acordos ou práticas concertadas, sem necessitar de aprovação do Conselho.

¹⁷⁷ Ver, em especial, (MADURO, 1998; WEILER, 1981, 1991).

sublinhar na primeira apreciação de um recurso de uma decisão da Comissão de proibição, que concluía pela incompatibilidade dos acordos de distribuição exclusiva estabelecidos por uma empresa alemã (a *Grundig Verkaufs GmbH*), nos termos dos quais se criava um sistema de proteção territorial absoluta (no caso, designando uma empresa francesa, a *Etablissements Consten*, como o representante exclusivo da Grundig para a França continental, a Córsega e o Sarre), com o artigo 101.º, n.º 1.

Na origem da questão, a definição contratual que atribuía ao representante exclusivo um determinado território de atuação, impedindo-o de exportar ou revender os equipamentos Grundig fora do seu território, o que tinha por efeito impedir qualquer terceiro de comprar equipamentos *Grundig* para os revender no território atribuído à Consten.

No Acórdão *Consten*¹⁷⁸, o Tribunal aproveitou para deixar claro – num caso em que em que estão em causa restrições de natureza vertical¹⁷⁹ – que as regras do Tratado em matéria de concorrência deviam ser consideradas como um dos instrumentos de criação do mercado interno: “o Tratado, cujos

¹⁷⁸ Acórdão de 13.7.1966, *Etablissements Consten Sàrl e Grundig-Verkaufs-GmbH c. Comissão*, 56 e 58/64, EU:C:1966:41, adiante “Acórdão *Consten*”.

¹⁷⁹ Este primeiro caso levado perante o Tribunal é relativo à aplicação do artigo 101.º a um acordo de distribuição, i.e., a uma relação vertical, e não a um acordo horizontal, o que, enquadrando-se nos objetivos da Comissão de utilização das regras de concorrência como instrumentos de garantia da integração dos mercados, suscitou desde logo a questão de saber se os acordos verticais estariam abrangidos pelo âmbito de aplicação do Tratado. Embora tanto as recorrentes como o Governo Italiano (que apresentou observações ao Tribunal) tenham alegado que o artigo 101.º seria aplicável apenas aos acordos horizontais ou às situações de *igualdade* entre as empresas em questão, o Tribunal concluiu que “o artigo (101.º), ao referir-se de forma geral a todos os acordos que falseiam a concorrência no interior do mercado comum, não procede a qualquer distinção entre esses acordos conforme sejam celebrados entre operadores concorrentes na mesma fase da produção ou entre operadores não concorrentes situados em fases diferentes. Em princípio, não deve distinguir-se onde o Tribunal não distinga” (p. 430). Como refere (PACE, 2007, p. 37), a Comissão concentra a sua atenção nesta etapa inicial de aplicação do Tratado nos acordos verticais, por constituírem barreiras mais próximas do objetivo da integração dos mercados. Ver, igualmente no mesmo sentido, (GERBER, 1998, pp. 355-356; GOYDER, 2003, pp. 42-44; VAN ROMPUY, 2012, pp. 142-144). Como reconheceu a Comissão Europeia no Livro Verde sobre as restrições verticais, p. 1, “because of this integration objective, the relationship between producers and distributors and other vertical relationships in the distribution chain has been of particular concern for EU competition policy”.

*preâmbulo e texto visam a supressão das barreiras entre os Estados e que, em várias disposições, faz mostra de severidade em relação à sua reaparição, não podia permitir às empresas que recriassem essas barreiras. O artigo (101.º, n.º 1), responde a esse objetivo, mesmo quando se trata de acordos entre empresas situadas em estados diferentes do processo económico”*¹⁸⁰. Assim, é ao preâmbulo do Tratado de Roma e aos artigos 2.º e 3.º do Tratado CEE que o Tribunal recorrerá para atender aos objetivos atendidos pelas regras de defesa da concorrência, no contexto mais amplo da criação do mercado interno¹⁸¹.

Esta recondução da definição dos objetivos das regras de concorrência no Tratado aos objetivos da Comunidade conduziria os arestos iniciais do Tribunal ao longo dos primeiros anos da integração, colocando a defesa da concorrência ao serviço da remoção das barreiras e da garantia do jogo do mercado como meios necessários à realização do mercado interno¹⁸².

¹⁸⁰ Cf. p. 430-431. Como notam vários autores (GERBER, 1994b; WESSELING, 2000), o Tribunal recorre aqui aos mesmos mecanismos de impulso jurisprudencial que permitiram ao processo de integração progredir mesmo num momento de crise e paralisia institucional imposta pela *chaise vide* de De Gaulle e pelos mecanismos de compromisso institucional que se seguiram, e que impuseram um compasso de maior passividade ao processo de integração, que só seria efetivamente ultrapassado com o programa do “Mercado Único”, e com o Acto Único Europeu de 1986. Ver, igualmente, (ESCH, 1992; SLYNN, 1986), para uma revisão da utilização dos métodos finalista e teleológico pelo Tribunal na interpretação das regras de concorrência do Tratado. Para uma análise do papel do Tribunal no contexto mais amplo da integração económica, ver (MADURO, 1998).

¹⁸¹ Prosseguindo assim uma lógica *funcionalista* da integração, que é afinal a força motriz da mesma.

¹⁸² Ver, neste sentido, o Acórdão de 13.7.1966, *Itália c. Conselho e Comissão*, 32/65, EU:C:1966:42, adiante “Acórdão *Itália c. Conselho e Comissão*”, nos termos do qual “ao incluir as regras da concorrência aplicáveis às empresas na terceira parte do Tratado consagrada à ‘política da Comunidade’, o artigo (101.º) pretende implementar os meios de ‘ação da Comunidade’ referidos no artigo 3.º, nomeadamente ‘o estabelecimento de um regime que garanta que a concorrência não seja falseada’, a fim de alcançar o ‘estabelecimento de um mercado comum’, o qual constitui um dos objetivos fundamentais definidos no artigo 2.º” (p. 488); e o Acórdão de 21.2.1973, *Europemballage Corporation e Continental Can Inc. c. Comissão*, 6/72, EU:C:1973:22, adiante “Acórdão *Continental Can*”: “o artigo (102.º) inclui-se no capítulo consagrado às normas comuns que definem a política da Comunidade no domínio da concorrência. Esta política resulta do artigo 3.º, alínea f), do Tratado, que prevê que a ação da Comunidade implica o estabelecimento de um regime que garanta que a concorrência não seja falseada no mercado comum. A argumentação das recorrentes, segundo a qual esta disposição contém apenas um programa geral desprovido de efeitos jurídicos, ignora que o artigo 3.º considera a prossecução dos objetivos que enuncia

Neste contexto de afirmação do objetivo da integração como parâmetro de aplicação das regras do Tratado, o eventual reconhecimento da importância da eficiência económica surge como um *after thought*, um resultado indireto da garantia do “jogo da concorrência”, e não um elemento diretamente atendível no momento da aplicação das regras do Tratado pela Comissão e pelo Tribunal¹⁸³; diretamente relacionado com esta abordagem finalista dos objetivos das regras de concorrência, também o modo como são aplicadas na prática, designadamente como a Comissão e o Tribunal analisam as práticas empresariais, revela uma clara preferência pela proibição de acordos com base numa apreciação formalista do seu conteúdo, assente na presunção do conteúdo de determinadas cláusulas contratuais como sendo objetivamente restritivo da concorrência, logo que se identificasse como consequência da sua aplicação uma repartição de mercados, ou a manutenção de barreiras à integração dos mercados (particularmente relevante nos acordos de distribuição), e definindo logo no início do desenvolvimento jurisprudencial dos princípios do Direito europeu da concorrência, um dos *leitmotifs* da caracterização das práticas que têm “por objeto” a restrição da concorrência¹⁸⁴.

indispensável para cumprimento das missões confiadas à Comunidade. (...). Ao prever a instituição de um regime que garanta que a concorrência não seja falseada no mercado comum, o artigo 3.º, alínea f), exige, por maioria de razão, que a concorrência não seja eliminada. Esta exigência é tão essencial que, sem ela, numerosas disposições do Tratado não teriam objeto. Responde também aos imperativos do artigo 2.º do Tratado, que atribui à Comunidade a missão de ‘promover... um desenvolvimento harmonioso das atividades económicas no seio da Comunidade’. Assim, as restrições à concorrência que o Tratado admite em certas condições, por razões relativas à necessidade de conciliar os vários objetivos a prosseguir, encontram nas exigências dos artigos 2.º e 3.º o limite para além do qual o enfraquecimento do jogo da concorrência poderia prejudicar as finalidades do mercado comum” (n.º 23-24).

¹⁸³ Havendo assim uma maior *colagem* à abordagem ordoliberal à defesa da concorrência como garantia da liberdade do processo económico (VAN ROMPUY, 2012, p. 145). Ver igualmente (HAWK, 1995, p. 977; G. MONTI, 2007, p. 23; WESSELING, 2000, p. 29).

¹⁸⁴ Regressando à decisão do Tribunal no Acórdão *Consten*, convirá recordar que as recorrentes (e, diga-se também, o Governo Alemão, que apresentou observações ao processo em sentido idêntico), alegaram que “a Comissão, antes de declarar aplicável o artigo (101.º, n.º 1), deveria, inspirando-se na doutrina da ‘rule of reason’, considerar os efeitos económicos do contrato em causa sobre a concorrência entre as diferentes marcas. Os acordos verticais de representação exclusiva devem gozar de uma presunção favorável no plano da concorrência e, no caso em apreço, nenhum elemento permite elidir essa presunção” (p. 433), ao que o Tribunal responde que “o

Entre a visão ordoliberal da *ordnungspolitik*, construída em torno da ideia de liberdade de concorrência, e o objetivo original da integração dos mercados nacionais com o objetivo último da integração e do Tratado de Roma, o Direito europeu da concorrência estabelece as suas fundações: o desenvolvimento de uma política de concorrência essencialmente dirigida às restrições verticais – pela sua maior proximidade teórica à ideia de integração de mercados que preside à aplicação das regras de concorrência – e o desenvolvimento do conceito de restrição por objeto pela demonstração da suscetibilidade de uma prática poder contribuir para a segmentação de mercados, afasta a necessidade da demonstração de efeitos restritivos e à desconsideração de eventuais benefícios pró competitivos¹⁸⁵, numa clara aproximação à qualificação *per se* do Direito norte-americano, ainda que com motivações substancialmente diferentes¹⁸⁶.

princípio da liberdade da concorrência diz respeito aos diferentes estádios e aspetos desta. Se a concorrência entre produtores é geralmente mais aparente que a concorrência entre distribuidores da mesma marca, daí não resulta que um acordo que pretenda restringir esta última deva subtrair-se à proibição do artigo (101.º, n.º 1), devido apenas ao facto de que poderia reforçar a primeira. Além disso, para efeitos da aplicação do artigo (101.º, n.º 1), a tomada em consideração dos efeitos concretos de um acordo é supérflua, desde que seja evidente que tem por objeto restringir, impedir ou falsear a concorrência” (p. 434). Assim, “*o acordo que pretende isolar o mercado francês dos produtos Grundig e manter artificialmente, para os produtos de uma marca muito difundida, mercados nacionais distintos no seio da Comunidade é suscetível de falsear a concorrência no mercado comum*” (p. 435). Sobre esta abordagem “formalista” ver (HILDEBRAND, 2009; PERA, 2008, p. 148).

¹⁸⁵ E.g. Acórdão Consten, p. 431: “*um acordo entre um produtor e um distribuidor, que pretende reconstituir o isolamento dos mercados nacionais no comércio entre os Estados-membros, pode ser suscetível de contrariar os objetivos mais fundamentais da Comunidade*”. Ver, também, o Acórdão de 1.2.1978, *Miller International Schallplatten GmbH c. Comissão*, 19/77, EU:C:1978:19, adiante “Acórdão Miller”, n.º 15: “*Ao proibir os acordos que tenham por objetivo ou efeito restringir a concorrência, que sejam suscetíveis de afetar as trocas comerciais entre os Estados-membros, o (artigo 101.º, n.º 1) não exige que seja demonstrado que esses acordos, efetivamente, afetaram sensivelmente essas trocas comerciais, prova que na maior parte dos casos só dificilmente pode ser fornecida, mas exige que seja provado que esses acordos são suscetíveis de produzir esse efeito. Baseando-se na posição da Miller sobre o mercado, sobre a quantidade da sua produção, sobre as exportações registadas e a política de preços por ela praticada, a Comissão provou adequadamente que efetivamente existia o perigo de uma afetação sensível das trocas comerciais entre os Estados-membros*”.

¹⁸⁶ Como notam (HAWK, 1995; VAN ROMPUY, 2012, p. 148), uma vez que o sistema norte-americano, ainda neste período da década de 1960, continuava a assentar as suas preocupações

3.3.2. A “idade imperial” e a expansão dos objetivos da defesa da concorrência

Confrontada pela crescente paralisia institucional¹⁸⁷, e *confortada* por um Tribunal de Justiça disponível para a apoiar no alargamento dos meios de atuação da Comunidade¹⁸⁸, a Comissão encontra na aplicação das regras de concorrência um instrumento de política económica, prosseguindo assim outros objetivos para além da integração dos mercados.

Com efeito, no Acórdão *Metro*, de 1977¹⁸⁹, o Tribunal deu razão à Comissão num caso em que o acesso de uma empresa a um sistema de

relativas às restrições verticais numa noção de garantia da liberdade empresarial, decorrente ainda da influência das considerações estruturalistas da Escola de Harvard, enquanto que as preocupações europeias centram-se na necessidade de garantir o objetivo final de integração dos mercados.

¹⁸⁷ Já aqui referimos a crise da “cadeira vazia”, motivada pelo abandono do Conselho do representante do Governo Francês em 1965, nas vésperas do fim do período transitório, em que a regra da aprovação por unanimidade para a generalidade das matérias da competência do Conselho passaria a aprovação por maioria simples, crise essa que seria ultrapassada pela adoção do “Compromisso do Luxemburgo”, determinando a necessidade de se procurar alcançar um consenso sempre que um Estado-Membro invocasse um “interesse nacional vital”. Por outro lado, em 1973 assiste-se ao primeiro alargamento da Comunidade, que passa a incluir o Reino Unido (tradicionalmente relutante em matérias de integração europeia), a Dinamarca e a Irlanda. Este contexto está na origem, por um lado, da paralisia institucional que marca o processo de integração entre meados da década de 1960 e o final da década de 1970 e, por outro lado, o crescente papel da Comissão e do Tribunal como “atores principais” na determinação do modo de evolução do processo de integração.

¹⁸⁸ Assim, no Acórdão de 13.2.1969, *Walt Wilhelm e o. c. Bundeskartellamt*, 14/68, EU:C:1969:4, adiante “Acórdão *Walt Wilhelm*”, o Tribunal de Justiça conclui que “o artigo (101.º, n.º 1) dirige-se a todas as empresas da Comunidade, cujo comportamento regula, quer através de proibições quer através da concessão de exceções – nas condições que precisa – a acordos que contribuam para melhorar a produção ou a distribuição dos produtos para promover o progresso técnico ou económico. Se o Tratado pretende, em primeiro lugar, eliminar através desses meios os obstáculos à livre circulação de mercadorias no mercado comum e afirmar e salvaguardar a unidade desse mercado, também permite às autoridades comunitárias exercer uma certa ação positiva, ainda que indireta, para promover um desenvolvimento harmonioso das atividades económicas no seio da Comunidade” (cf. Acórdão *Walt Wilhem*, n.º 5).

¹⁸⁹ Acórdão *Metro I*, já citado.

distribuição havia sido recusado, tendo a Comissão considerado que esse mesmo sistema de distribuição respeitava as condições de isenção do artigo 101.º, n.º 3 TFUE¹⁹⁰, apontando para uma orientação qualitativamente distinta na aplicação das regras de concorrência do Tratado da que até aí presidira às preocupações do Tribunal – a garantia da liberdade de concorrência –, e invocando em seu apoio o conceito de *workable competition*, de CLARK¹⁹¹: “a condição prevista nos artigos 3.º e (101.º TFUE) do Tratado CEE de não falsear a concorrência implica a existência no mercado de uma concorrência eficaz (*workable competition*), isto é, de um grau de concorrência necessário para sejam respeitadas as exigências fundamentais e alcançados os objetivos do Tratado e, em especial, o estabelecimento de um mercado único que estabeleça condições análogas às de um mercado interno. Tal exigência reconhece que a natureza e a medida da concorrência possam variar em função dos produtos ou serviços em causa e da estrutura económica dos mercados sectoriais em vista”¹⁹².

Com esta afirmação, o Tribunal não só alarga consideravelmente a margem de liberdade da Comissão na aplicação das regras de concorrência do Tratado, em especial no que respeita à sua articulação com outros objetivos de política económica¹⁹³, como acolhe expressamente o pensamento da “Escola de

¹⁹⁰ Em concreto, a recorrente (queixosa) alegava que a Comissão havia incorrido em desvio de poder, “na medida em que a Comissão teria ignorado o ‘objetivo da proteção instaurada pelo artigo (101.º, n.º 1 do TFUE) (ou seja) a liberdade de concorrência em benefício do consumidor e não a defesa dos interesses paralelos de um fabricante e de um grupo determinado de comerciantes, tendo em vista obter preços de venda considerados satisfatórios por estes últimos” (cf. Acórdão *Metro*, n.º 19).

¹⁹¹ (CLARK, 1940). Clark conclui que o modelo de concorrência perfeita é simultaneamente impossível de atingir na prática, e indesejável como modelo teórico subjacente à aplicação das regras de concorrência. Um modelo alternativo, assente num conceito de concorrência *possível*, pode conduzir a resultados práticos mais adequados, assentando numa garantia de escolhas ao consumidor. Esta conceptualização assenta num conjunto de critérios que, se verificados, permitem identificar um mercado com um grau de concorrência suficiente. Para uma crítica da proposta da *workable competition*, em especial relativamente aos critérios escolhidos por Clark para a sua identificação, ver (SOSNICK, 1958).

¹⁹² Cf. Acórdão *Metro I*, n.º 20.

¹⁹³ Neste sentido, ver (VAN ROMPUY, 2012, p. 151; WESSELING, 2000, p. 34).

Harvard” e se afasta ostensivamente da visão ordoliberal e do modelo da concorrência perfeita, com consequências no modo como o Direito da concorrência evoluirá na Europa¹⁹⁴ e, em especial, no modo de atuação da Comissão.

Assim, no seu IX Relatório sobre a Política da Concorrência, de 1980, a Comissão apela a um princípio de “concorrência justa” (assente na noção de *fairness*) no modo de implementação do sistema de defesa de concorrência do Tratado, assente na necessidade de atender a um conjunto de elementos meta-concorrenciais, em especial (i) a igualdade de oportunidades para todos os operadores do mercado comum, (ii) a necessidade de salvaguardar as diferentes condições nas quais as empresas operam, com especial atenção para as “Pequenas e Médias Empresas”, e finalmente (iii), considerações de equidade para que os interesses de trabalhadores, utilizadores e consumidores sejam tidos em consideração¹⁹⁵.

O recurso a este discurso de “legitimação social” da política de concorrência justifica uma abordagem menos rigorosa à aplicação das regras de concorrência, temperada por preocupações de justiça social e de contemplação das condições concretas da situação económica, o que por sua vez terá consequências ulteriores na redefinição dos limites – e da razão de ser – das

¹⁹⁴ Note-se que nesta altura a Escola de Harvard já não assumia um papel relevante no quadro analítico e de aplicação do Direito norte-americano da concorrência.

¹⁹⁵ Cf. IX Relatório sobre a Política da Concorrência (1980, p. 10). Na introdução do Relatório, a Comissão apela a noções de *legitimação* da política de concorrência da Comunidade à luz dos objetivos mais amplos da integração económica: “*In the case of the Community, delineation of the general thrust of its competition policy must not be based on a dogmatic approach, but requires reference back to the fundamental provisions of the EEC Treaty... Nevertheless, the perpetual struggle to unify the common market is not the only objective of the system to ensure undistorted competition. It is an established fact that competition carries within it the seeds of its own destruction*” (p. 9-10). No ano seguinte, no X Relatório sobre a Política da Concorrência (1981), a Comissão iria um pouco mais longe: “*The pouring of oil on waters troubled by intolerable social tensions is also part of a healthy competition policy. And this kind of competition policy cannot succeed without a stamp of approval from the social and political forces. In the current circumstances in particular, the Commission’s competition policy not only has to sustain effective competition; it has to support an industrial policy which promotes the necessary restructuring*” (p. 9).

regras da concorrência, recentrando a discussão dos objetivos do Direito europeu da concorrência em torno de considerações de eficiência económica¹⁹⁶.

Neste período – que qualificamos de “imperial” pelo alastramento das fronteiras do campo de aplicação das regras de concorrência no Tratado para âmbitos distintos da garantia da integração dos mercados ou, mesmo, da garantia do processo concorrencial e da liberdade de concorrência – a Comissão, procurando alargar o âmbito da aplicação das regras de defesa da concorrência para o controlo das concentrações empresariais, vê o Tribunal de Justiça aceitar a premissa de que o aumento do poder de mercado através de uma concentração de empresas pode constituir um abuso de posição dominante, através de uma avaliação finalística que escapava completamente à letra do Tratado e ao *legislative intent* dos seus autores, para quem o controlo prévio das concentrações – ou a proibição do *domínio* – poderia constituir um travão à reconstrução económica europeia do pós-guerra¹⁹⁷.

É neste contexto que se pode justificar que o Tribunal de Justiça, no seu Acórdão *Continental Can*, de 1973¹⁹⁸, valide a posição da Comissão relativamente à aquisição de poder de mercado através de uma concentração de empresas, simultaneamente justificando a intervenção da Comissão perante o que, de outro modo, poderia ser entendido como uma lacuna do Tratado perante determinados comportamentos que de outro modo poderiam ser considerados restritivos da concorrência¹⁹⁹: “*Na ausência de disposições expressas, não é*

¹⁹⁶ Como resume (ODUDU, 2010, p. 613), em defesa de uma recondução do Direito da Concorrência à promoção da eficiência económica, no que respeita à consideração de objetivos de política económica na aplicação das regras da concorrência, “*no claim is made that wider goals should not be pursued; rather the wider goals must be pursued without competition law adjudication. The objection here is that to pursue them, absent a clear mandate to do so, seriously undermines the legitimacy of Union competition law*”.

¹⁹⁷ (GERBER, 1998, p. 360 e ss.; MOURA E SILVA, 1999, 2010).

¹⁹⁸ Acórdão *Continental Can*, já citado.

¹⁹⁹ Como referimos anteriormente, e ao contrário do Tratado de Roma, o Tratado CECA disponha de mecanismos – ainda que com um alcance prático limitado – que permitiam o controlo prévio de concentrações de empresas.

possível supor que o Tratado, tendo proibido, no (artigo 101.º, n.º 1) determinadas decisões de simples associação de empresas que alteram a concorrência sem a suprimir, admita no entanto como lícita, no (artigo 102.º), que empresas, após terem realizado uma unidade orgânica, possam atingir uma potência dominante tal que qualquer possibilidade séria de concorrência seria, na prática, afastada. Semelhante diversidade de tratamento jurídico abriria no conjunto das normas de concorrência uma brecha suscetível de comprometer o funcionamento correto do mercado comum. Com efeito, se para eludir as proibições do (artigo 101.º) bastasse proceder de forma a que os acordos atingissem um tal grau de aproximação entre as empresas que estas escapassem à aplicação deste artigo sem serem atingidas pelo (artigo 102.º) tornar-se-ia lícito isolar uma parte substancial do mercado comum, em contradição com os princípios fundamentais deste... Assim, o facto de uma empresa em posição dominante reforçar essa posição ao ponto de o grau de domínio assim atingido prejudicar substancialmente a concorrência, ou seja, deixar subsistir apenas empresas dependentes, no seu comportamento, da empresa dominante, pode constituir um abuso”²⁰⁰.

Este alargamento substantivo do domínio de aplicação das regras de concorrência para o controlo de concentrações que estivessem na origem de um poder de mercado *abusivo* é sintomático de uma política de concorrência que encara as regras do Tratado como instrumento de concretização de uma política económica mais vasta, e que conjuga bem com o impulso da integração pela Comissão em diálogo com o Tribunal. Neste aspeto, o Tribunal valida as preocupações da Comissão em poder antecipar eventuais problemas futuros decorrentes da criação de poder de mercado, sujeitando as operações de concentrações, como fusões e aquisições, ao escrutínio concorrencial da Comissão, na ausência de qualquer norma do Tratado ou sistema administrativo previsto para o efeito²⁰¹.

²⁰⁰ Acórdão *Continental Can*, n.º 25-27.

²⁰¹ Nos anos que se seguiram, e até à aprovação do primeiro regulamento de concentrações, o Regulamento 4064/89, a Comissão continuou a aplicar os critérios admitidos pelo Tribunal de Justiça no Acórdão *Continental Can* para sujeitar as operações de concentração empresarial ao seu controlo para efeitos de aplicação do artigo 102.º, e até do artigo 101.º. As restrições estruturais decorrentes da aplicação de um sistema normativo que, independentemente do

Se, por um lado, este período pode ser caracterizado pela “expansão territorial” da aplicação do Direito europeu da concorrência para domínios que apenas mediatamente podem ser considerados enquadráveis no Tratado, por outro, verifica-se uma crescente importância de outros objetivos, para além da integração dos mercados, mas igualmente aquém de considerações de eficiência económica.

O facto de o final da década de 1970 e princípio da década de 1980 ter sido caracterizada por crescentes problemas económicos que marcaram o fim dos “gloriosos trinta anos” de crescimento económico que marcaram a reconstrução europeia do pós-guerra não deixou indiferente a Comissão e, por arrasto, a aplicação do Direito europeu da concorrência é marcada por um apelo permanente à flexibilidade dos conceitos, que justificam restrições à concorrência tanto pela necessidade de se reestruturar um sector económico²⁰²,

esforço de integração da Comissão e do Tribunal, não permitia equipar a Comissão com um mecanismo sistemático e coerente para avaliação das operações de concentração e, em especial, o facto de a sua avaliação ocorrer *ex post*, contribuía para a limitação desta abordagem e determinaram a introdução de um mecanismo administrativo de controlo prévio. Por outro lado, uma vez que os Estados-Membros não estavam impedidos de introduzir mecanismos de controlo de concentração a nível nacional, tornava-se necessário garantir a coerência no modo como as operações de concentração seriam avaliadas, sob pena de se prejudicar o próprio fim de integração dos mercados pela inexistência de uma abordagem coerente a concentrações de dimensão europeia. Ver (BENGTTSSON, BADIA, & KADAR, 2014, p. 540 e ss.; CUNHA, 2005; MORAIS, 2006).

²⁰² Ver XI Relatório sobre a Política da Concorrência (1982), p. 13: *“The industries in crisis also raise the problem of the introduction of defensive measures by firms, in the form of agreements known as ‘structural crisis cartels’, and these must be viewed in the light of the provisions governing restrictive practices. Where there is an irreversible disparity between production capacity and demand, agreements between undertakings aimed at achieving an orderly reduction of excess capacity may be exempted from the ban on restrictive practices in so far as undertakings do not jointly fix production and delivery volumes and selling prices of the relevant products nor aim at barring imports.”* Embora com limites (*“nor can the Commission tolerate measures which use private or public protectionism to shield a national market from external competition”*, loc. cit, p. cit.), a Comissão viria a admitir determinados acordos horizontais destinados a reestruturar sectores económicos e a reduzir a capacidade excedentária: e.g., Decisão da Comissão 84/380/CEE, de 4.7.1984, no proc. IV/30810, *Fibras Sintéticas*, JO L 207, de 2.8.1984; Decisão da Comissão 84/387/CEE, de 19.7.1984, no proc. IV/30863, *BPCL/ICI*, JO L 212 de 8.8.1984. Como mais tarde a Comissão reconheceria no XIV Relatório sobre a Política de Concorrência (1985), *“in the period from 1981 to 1984, competition policy was conducted in the shadow of economic problems manifested notably in rising unemployment and the contraction of declining industries.*

como pelo estímulo direto à criação de sectores transfronteiriços²⁰³; por esta via, e à luz da visão pragmática da *workable competition* legitimada pelo Tribunal, a Comissão promove uma expansão clara do papel da política de concorrência no contexto mais vasto da política industrial comunitária.

3.3.3. A antecâmara da modernização: o papel da concorrência no programa do mercado único

Se até meados da década de 1980 os principais atores da integração europeia serão a Comissão e o Tribunal, a partir de meados da década a integração passa uma vez mais a depender dos impulsos dos Estados.

A Comunidade era, então, já bastante diferente daquela que tinha sido criada pelo Tratado de Roma de 1957, tanto pelo *alargamento* do seu espaço territorial pela adesão de novos Estados, como pelo *aprofundamento* da integração através do desenvolvimento das políticas de integração. Muito embora a Comissão – com o apoio do Tribunal – tenha conseguido introduzir os princípios fundamentais da integração do mercado, era necessário mudar qualitativamente o processo da integração e introduzir objetivos que a (re)legitimassem e renovassem.

The Commission's aim in this situation was to bring the weight of competition policy behind the other policies designed to promote structural adjustment in the Community. To do so, the Commission had to make its competition policy more consistent, more universal and more in touch with economic realities” (p. 12). Com esta consideração, a Comissão coloca a política de concorrência a par da política industrial na prossecução de objetivos de natureza económica mais vastos do que aqueles que, provavelmente, poderiam ser enquadrados no escopo das normas, legitimada pela expansão dos objetivos que presidem a essa mesma aplicação. Ver, e.g., (BOUTERSE, 1994; FIEBIG, 1999; HORNSBY, 1987). Esta questão voltou à atualidade com a crise económica do final da primeira década de 2000, em que a neutralidade da política de concorrência uma vez mais seria testada perante os apelos da política industrial. Ver (KOKKORIS, 2010; MOURA E SILVA, 2013b; STEPHAN, 2012).

²⁰³ Ver (BOUTERSE, 1994, pp. 85-97), com especial destaque para a promoção dos serviços financeiros.

O programa do mercado único e a previsão de um calendário preciso para a sua implementação²⁰⁴, visava responder a esse desafio, recolocando os Estados e o Conselho no primeiro plano da integração, ainda que com o impulso da Comissão no seu papel de guardião do espírito comunitário da integração: seja no programa do mercado único, em 1985, como em 1989, com o programa da união monetária, o final da década de 1980 assiste ao relançar do processo de integração, que se caracteriza por um maior enfoque nas questões políticas e económicas que extravasam o programa de integração dos mercados da comunidade económica criada pelo Tratado de Roma e inauguram o processo de expansão da integração para domínios cada vez mais vastos da política económica e social dos Estados-Membros, tendo por objetivo uma *união cada vez mais estreita*.

O modo como esta nova dinâmica se fará sentir na política da concorrência é perceptível, por um lado, na atuação da Comissão e, por outro, do Tribunal. E daqui resultarão os primeiros indicadores da orientação que será adotada pelo processo de modernização do Direito europeu da concorrência.

No que respeita ao Tribunal de Justiça, o impulso para o recurso à interpretação teleológica e funcionalista do período inicial da integração esmorece claramente, e a jurisprudência contemporânea reflete essa menor propensão para a definição de grandes princípios e orientações gerais²⁰⁵; a criação do Tribunal Geral, em 1988²⁰⁶, que passa efetivamente a primeira instância de recurso das decisões da Comissão em matéria de concorrência erode igualmente o papel do Tribunal de Justiça na revisão em primeira linha das decisões da Comissão²⁰⁷.

²⁰⁴ Ver Comissão Europeia, Comunicação da Comissão *Completing the Internal Market, White Paper from the Commission to the European Council*, COM(85) 310 final, de 14.6.1985.

²⁰⁵ Ver (GERBER, 1994b, p. 127).

²⁰⁶ Ver (GERARD, 2007, p. 629 e ss.).

²⁰⁷ Como veremos adiante, o Tribunal de Justiça continua a ter um papel fundamental na definição dos princípios do Direito da União e do Direito europeu da concorrência, quer no âmbito dos recursos das decisões do Tribunal Geral, como no âmbito do reenvio prejudicial das jurisdições nacionais, mas a partir deste período o seu papel *constituente*, como caracterizado

Em contrapartida, a Comissão passa a assumir um papel “normativo” relevante²⁰⁸, assistindo-se neste período a uma utilização crescente de instrumentos normativos não vinculativos e orientações genéricas²⁰⁹, que assumem especial relevância prospetiva pela sinalização do modo como a Comissão irá atuar perante determinada conduta empresarial. E, mais importante, vê satisfeita a sua pretensão quanto à criação de um procedimento específico para o controlo prévio de concentrações²¹⁰.

Mas é no domínio substantivo que encontramos os primeiros indícios da adoção de considerações de eficiência na aplicação das regras de concorrência do Tratado.

Com efeito, após um período de clara expansão das considerações a ter em conta pela política da concorrência no momento da aplicação concreta das normas do Tratado, a Comissão sinaliza a necessidade de atender essencialmente aos benefícios económicos do processo concorrencial e à relação entre a concorrência e a eficiência económica, e fá-lo principalmente: (i) através da proclamação das considerações de eficiência como objetivo necessário, quando não principal, da aplicação das regras de concorrência; e (ii) pela revisão da política de concorrência em matéria de acordos verticais e acordos de cooperação horizontal.

por Miguel Poiars Maduro (MADURO, 1998), é secundarizado, passando a assumir um papel essencialmente passivo, de delimitação ou definição das fronteiras dos conceitos à luz das características dos casos concretos que são trazidos a juízo.

²⁰⁸ Como notam (GERBER, 1994b, 2001; VAN ROMPUY, 2012, p. 163).

²⁰⁹ Embora não vinculativas para terceiros, estes instrumentos de *soft law* impõem uma autodisciplina à Comissão e, por via da sinalização da sua atuação futura, acabam por ter um efeito prático muito importante no modo como as próprias empresas determinam a sua conduta no mercado. Ver, e.g., (SNYDER, 1994; STEFAN, 2012).

²¹⁰ Com a aprovação do primeiro regulamento comunitário de controlo de concentrações, o Regulamento 4064/89. Sobre o desenvolvimento do tratamento do controlo de concentrações de empresas a nível comunitário, ver (CUNHA, 2005).

No que respeita à proclamação dos objetivos intrínsecos da concorrência, os *Relatórios sobre a Política da Concorrência* deste período ilustram bem o pensamento da Comissão e revelam a sua motivação na aplicação das regras de concorrência que estarão na origem das reflexões em torno da necessidade de uma *abordagem mais económica* como elemento sistematizador da política de concorrência, que encontraremos no Livro Branco de 1999.

Desde logo, a um período de crise económica e de necessidade de legitimação política e social da política da concorrência, segue-se uma certa exultação relativa à recuperação económica sentida no final da década de 1980 e ao papel que a concretização do mercado único nela desempenhou; simultaneamente, a política da concorrência deixa de estar ancorada apenas na construção do mercado interno como *processo em curso*, e passa a ser concebida já numa lógica de mercado único pleno – se quisermos, uma vez construído o mercado, e sob pena de se esgotar a utilidade da política de concorrência, torna-se necessário promover a sua “relegitimação” à luz dos princípios pelos quais se deve reger o mercado único, elevando a defesa da concorrência ao patamar de garantia do funcionamento (e já não da integração) do mercado, e da concorrência como processo essencial ao aproveitamento das potencialidades do mercado único²¹¹.

Acresce, ainda, que a definição das considerações de eficiência económica como padrão de avaliação da eficácia da política de concorrência passa a assumir um papel central, a par – quando não em relevo – da integração dos mercados,

²¹¹ “A economia europeia, no limiar do novo decénio, defronta-se com grandes desafios. A Comunidade readquiriu, por um lado, uma base económica sólida, mas, por outro, deve reforçar ainda os fatores internos do seu crescimento e evitar que este se dissipe com a acumulação de tensões inflacionistas e desequilíbrios externos ou orçamentais suscetíveis de prejudicar a sua coesão. A Comissão já referiu por diversas vezes o contributo essencial que a política de concorrência pode dar para a conclusão do grande mercado e para o reforço da competitividade da economia dos Doze... O progresso registado para a conclusão do mercado interno e o novo quadro político deram um impulso decisivo para a adoção, pelo Conselho, da proposta da Comissão relativa ao controlo de concentrações... Este instrumento justifica-se plenamente pela necessidade de velar, nomeadamente, para que as iniciativas que contribuem para a reestruturação da indústria comunitária e as concentrações que provoca não ponham em perigo o processo de concorrência”. XIX Relatório sobre a Política de Concorrência (1990), p. 11.

passando outros objetivos – a promoção do emprego, a inovação, o reforço do tecido industrial – a ser apresentados como consequências necessárias do funcionamento dos mercados de acordo com as regras do jogo da concorrência. Assim, os objetivos de política industrial que tinham presidido à expansão das fronteiras do Direito europeu da concorrência passam a ser retratados como o resultado da aplicação rigorosa das regras de concorrência de acordo com objetivos de eficiência económica, e segundo regras e instrumentos de análise económica²¹².

Este novo padrão – que segue, com uma diferença de 20 anos, a mudança de paradigma do Direito norte-americano da concorrência em direção a uma análise dos efeitos restritivos da concorrência²¹³ – é patente não apenas a nível da proclamação dos objetivos da política da concorrência, mas também, senão principalmente, nas mudanças significativas que a partir do final da década de 1990 serão introduzidas a nível da análise dos acordos verticais e dos acordos de cooperação horizontal, com a assunção, por parte da Comissão, da necessidade

²¹² E.g.: XXV Relatório sobre a Política de Concorrência (1996), p. 7: “*A política de concorrência desempenha um papel essencial na constituição de um enquadramento favorável às empresas, necessário ao crescimento duradouro da economia europeia e à criação de postos de trabalho. Um outro objetivo primordial da política de concorrência consiste na defesa dos consumidores. O mercado único destina-se, antes de mais, aos cidadãos. É necessário garantir-lhes – nomeadamente através de uma rigorosa aplicação das regras de concorrência – a livre escolha de produtos de qualidade a preços concorrenciais*”; XXIX Relatório sobre a Política de Concorrência (2000), p. 7: “*Uma das funções essenciais da concorrência é promover a inovação e assegurar uma produção tão eficaz quanto possível dos bens e serviços que se traduza em vantagens para os consumidores, tais como preços mais baixos ou melhorias em termos de qualidade, de possibilidade de escolha ou de serviços... Outra das funções da concorrência é promover o emprego e assegurar aos mercados a competitividade necessária para acompanhar a globalização*.”; XXX Relatório sobre a Política de Concorrência (2001), p. 21: “*A política de concorrência representa um dos pilares da ação da Comissão Europeia no domínio económico. Esta ação inspira-se no princípio, consignado no Tratado, de «uma economia de mercado aberta e de livre concorrência». Reconhece o papel fundamental desempenhado pelos mercados e pela concorrência para assegurar o bem-estar dos consumidores, fomentar a melhor afetação possível dos recursos e conferir aos operadores económicos os incentivos adequados para alcançar a eficiência produtiva, a qualidade e a inovação*”.

²¹³ Com efeito, (HAWK, 1995) lamentava – quase vinte anos depois de o Supremo Tribunal dos Estados Unidos ter afirmado a sujeição da generalidade das restrições verticais à “*rule of reason*” na sua decisão *Sylvania (Continental T.V., Inc. v. GTE Sylvania, Inc.*, 433 US 36 (1977) – a abordagem formalista da política de concorrência comunitária às restrições verticais.

de empregar instrumentos analíticos mais rigorosos que permitissem aferir os eventuais impactos no jogo da concorrência previamente a qualquer conclusão quanto à licitude de um determinado comportamento empresarial.

Esta posição, que marca um claro afastamento do recurso essencial às presunções de restrição da concorrência e à análise formalista que tinha orientado a política da concorrência nas fases iniciais do desenvolvimento do Direito europeu da concorrência, é agora apresentado como o dealbar de uma revisão transversal dos padrões de análise e de aplicação das regras de concorrência do Tratado a determinados tipos de práticas, reconhecendo portanto a possibilidade de identificação de efeitos positivos decorrentes de comportamentos previamente tidos como restritivos.

Se recordarmos os primeiros passos da aplicação do Direito europeu da concorrência, identificamos as restrições de natureza vertical como estando no primeiro plano das preocupações da Comissão (e.g., no Acórdão *Consten*), em especial pela sua conjugação com as preocupações de garantir a integração dos mercados que orientaram a fase inicial da aplicação das regras do Tratado; por outro lado, essa aplicação caracteriza-se por uma especial consideração da dimensão formal dos acordos em causa, procurando apenas determinar se do seu texto resultaria uma restrição do comércio entre Estados, pela definição de critérios de exclusividade territorial ou pela imposição de proibição de vendas fora de determinado território.

Pelo contrário, o efeito ou impacto positivo do acordo não era tido em consideração perante a identificação de uma restrição objetiva da concorrência, e o quadro formal de análise revelava-se limitado perante a demonstração crítica dos aspetos positivos dos acordos²¹⁴.

²¹⁴ Como reconhecido pela Comissão no Livro Verde sobre as restrições verticais, p. iv (onde a Comissão apresenta uma súmula das conclusões da análise económica das restrições verticais, designadamente que “as cláusulas específicas de um acordo ou os diferentes tipos de restrições verticais não podem ser considerados per se como favoráveis ou desfavoráveis à concorrência ou integração... a análise deve centrar-se no impacto sobre o mercado e não sobre a forma revestida pelo acordo”). Ver, igualmente, (HAWK, 1995; Roger VAN DEN BERGH, 1996). Mais tarde, a Comissão reconheceria o impulso da revisão da política de concorrência em relação às restrições

Embora mantendo reservas sobre a utilização de considerações de eficiência económica como orientação exclusiva da política de concorrência²¹⁵, há um reconhecimento efetivo da necessidade de recorrer a modelos de análise substantiva dos efeitos dos acordos no mercado, atendendo em especial à estrutura do mercado onde tais acordos serão implementados e do peso das empresas envolvidas no mesmo – como veremos adiante, será na noção de “poder de mercado” que assentarão as principais considerações de natureza económica na análise jus concorrencial “modernizada”.

Mas esta consideração surge na esteira do que a jurisprudência do Tribunal vinha apelando, pelo menos desde o final da década de 1960, na caracterização do conceito de “restrição da concorrência”, à consideração do contexto jurídico e económico onde o acordo se insere como exercício inerente à determinação dos comportamentos proibidos pelo artigo 101.º, n.º 1.

Este enquadramento – essencial para compreendermos a dificuldade da concatenação dos estádios evolutivos do Direito europeu da concorrência em

verticais na modernização global do direito europeu da concorrência: *“Em 1998, a Comissão franqueou uma nova etapa na sua política de modernização ao publicar a sua comunicação relativa às restrições verticais de concorrência... A comunicação de 30 de setembro de 1998 relativa à aplicação das regras de concorrência comunitárias às restrições verticais constitui, em vários aspetos, uma inovação importante quanto à abordagem da Comissão em matéria de política antitrust. Acaba com um método de isenção sectorial e por categoria que se caracterizava por uma grande complexidade. Baseia-se numa abordagem principalmente centrada na análise económica dos efeitos das restrições verticais, associando a isenção ao poder de mercado das empresas.”*, XXVIII Relatório sobre a Política de Concorrência (1999), p. 21. No ano seguinte, o Comissário responsável pela pasta da Concorrência, Mario Monti, concluía que *“a reforma da política da Comissão no domínio das restrições verticais representa um pilar importante no processo global de reforma. Este exercício de avaliação resultou num consenso a favor de uma abordagem centrada na análise económica, sendo as restrições verticais avaliadas em função do seu impacto no mercado e não em função da forma que possam assumir. Este tipo de consenso tem consequências importantes para a avaliação das políticas seguidas noutros setores”*, XXIX Relatório sobre a Política de Concorrência (2000), p. 7.

²¹⁵ Como refere a Comissão Europeia no Livro Verde sobre as restrições verticais, p. v, *“É evidente que a teoria económica não pode constituir o único fator da conceção da política a prosseguir. Em primeiro lugar, trata-se somente de uma fonte de inspiração. Em segundo lugar, uma avaliação minuciosa de todos os casos individuais seria demasiado onerosa em termos de recursos, podendo conduzir a uma situação de insegurança jurídica. Consequentemente, a sua utilização neste contexto visa sobretudo contribuir para a elaboração de uma política e regras basilares.”*

períodos claramente identificados, como referimos supra – é igualmente relevante por dar conta do modo como a Comissão recebe e enquadra as orientações do Tribunal no contexto da definição da política da concorrência.

A adoção do Regulamento 2790/1999 foi a primeira grande iniciativa normativa da Comissão no processo de modernização do Direito europeu da concorrência, procurando traduzir para a análise das restrições verticais as conclusões da análise económica que tinha vertido no Livro Verde sobre restrições verticais, de 1996; neste sentido, a presunção de licitude dos acordos verticais celebrados por fornecedores detendo menos de 30% do mercado relevante assenta na identificação do poder de mercado (conquanto reconduzido à detenção de uma quota do mercado) como elemento fundamental da determinação do potencial restritivo dos acordos verticais.

Esta consideração introduz na análise dos acordos entre empresas um fator de determinação do mercado relevante como elemento prévio e necessário à identificação da licitude de um acordo – nestes termos, a abordagem formal às restrições verticais é (parcialmente) afastada, considerando-se presuntivamente pro-concorrencial que promovam a concorrência inter-marca ²¹⁶. Este regulamento de “isenção por categoria”, continua ainda assim a fazer apelo a uma abordagem formalista ao identificar um conjunto de disposições que os acordos verticais não poderão conter, sob pena de perderem o benefício da isenção²¹⁷, tais como a fixação de preços mínimos de revenda (“*resale price maintenance*”) e proteções ou restrições de natureza territorial, que são para

²¹⁶ Cf. Regulamento 2790/1999, considerando 7.

²¹⁷ Embora não passem por isso a presumir-se ilícitos. O efeito dos regulamentos de isenção por categoria, ao identificar um conjunto de disposições que os acordos devem ter (“cláusulas brancas”) ou não podem ter (“cláusulas negras”, ou restrições “*hardcore*”) para beneficiar da presunção do preenchimento das condições do artigo 101.º, n.º 3, é determinar que os acordos verticais que contenham tais cláusulas *negras* não beneficiam dessa presunção. Note-se que a técnica legislativa acabou por ultrapassar o método de listagem de cláusulas admissíveis nos regulamentos de isenção (as cláusulas brancas), considerado excessivamente limitador por determinar, na prática, o conteúdo dos acordos, e assim condicionar a inovação ou o desenvolvimento de métodos de distribuição mais sofisticados. Ver a Comunicação da Comissão, Orientações relativas às restrições verticais, JO C 291, de 13.10.2000, n.ºs 6 e 7.

esse efeito listadas pelo próprio regulamento, e que são identificadas como restrições graves ou “*hardcore*”.

Por outro lado, a aprovação das *orientações sobre restrições verticais*, em 2000, vem reforçar esta abordagem da Comissão, ao mesmo tempo que fortalece o seu papel “normativo” através da consolidação, ainda que de carácter não injuntivo, dos princípios e regras gerais aplicáveis à avaliação dos acordos em concreto, e que serve de instrumento ao exercício de autoavaliação das condutas empresariais que acabará por caracterizar o processo de modernização do sistema administrativo de aplicação das regras de concorrência do Tratado, ao eliminar o regime da notificação prévia de acordos.

Esta mesma abordagem seria adotada, logo em 1997, com o início da reflexão da Comissão sobre os acordos de cooperação horizontal²¹⁸.

A identificação de constrangimentos formais nos regulamentos de isenção por categoria para acordos de cooperação horizontal então em vigor, relativos a acordos de especialização e a acordos de investigação e desenvolvimento, leva a Comissão a promover a aprovação de dois novos regulamentos de isenção por categoria²¹⁹, bem como *orientações* relativas a acordos de cooperação horizontal não abrangidos por nenhuma isenção por categoria²²⁰, procurando conciliar o

²¹⁸ Ver XXIX Relatório sobre a Política da Concorrência (1999), já citado.

²¹⁹ Regulamento (CE) n.º 2658/2000 da Comissão, de 29.11.2000, relativo à aplicação do n.º 3 do artigo 81.º do Tratado a certas categorias de acordos de especialização, JO L 304, de 5.12.2000, adiante “Regulamento 2658/2000”, e o Regulamento (CE) n.º 2659/2000 da Comissão, de 29.11.2000, relativo à aplicação do n.º 3 do artigo 81.º do Tratado CE a certas categorias de acordos de investigação e desenvolvimento, JO L 304, de 5.12.2000, adiante “Regulamento 2659/2000”.

²²⁰ Comissão Europeia, Comunicação da Comissão, Orientações sobre a aplicação do artigo 81.º do Tratado CE aos acordos de cooperação horizontal, JO C 003 de 6.1.2001, adiante “Orientações sobre acordos horizontais de 2001”. Esta orientações não são aplicáveis a todos os acordos horizontais, mas apenas àqueles que possam gerar ganhos de eficiência. Ver, neste sentido, o n.º 10: “as presentes orientações não abrangem todos os acordos horizontais possíveis. Dizem apenas respeito aos tipos de cooperação que dão potencialmente origem ganhos de eficiência, isto é, acordos de I&D, de produção, de compra, de comercialização, de normalização e acordos em matéria ambiental.”

padrão de análise de ambos os tipos de acordos subsumíveis ao âmbito de aplicação do artigo 101.º pelo mesmo diapasão, a identificação do limiar de poder de mercado acima do qual os acordos deixariam de beneficiar da presunção do preenchimento das condições do balanço económico positivo do artigo 101.º, n.º 3²²¹.

Por outro lado, esta maior preocupação com o suporte económico da aplicação das regras do Tratado encontra respaldo na introdução das orientações da Comissão sobre definição de mercados relevantes²²², que coloca a tónica na definição de mercados relevantes como instrumento essencial na aplicação transversal das regras de concorrência²²³.

Como referimos supra, a introdução deste padrão analítico na avaliação do potencial restritivo de determinados tipos de acordos é também o resultado da internalização, na prática da Comissão, da reconstrução do conceito de restrição da concorrência indissociável do mercado em que ela se verifica, e que vinha sendo sinalizada pelo Tribunal de Justiça desde o final da década de 1960, apelando para a necessidade de se ter em conta o mercado onde as empresas operam para avaliar a natureza restritiva das suas condutas²²⁴.

²²¹ Cf. considerando 5 do Regulamento 2658/2000. O limiar da quota de mercado conjunta das partes nos acordos de especialização não poderia ser superior a 20%, enquanto que nos acordos de I&D não poderia ser superior a 25%. Sobre estas isenções por categoria, ver (MOURA E SILVA, 2003).

²²² Como referia o Comissário Mario Monti, *“our increased economic approach to competition policy has put market definition at the centre of the process of application of the EU competition rules... The necessity of defining markets, and the methodology for doing so, have been parts of the competition policy of the EU from its inception. Indeed, the definition of a relevant market has always been a pre-condition both to assess dominance under Article (102) of the Treaty and for the evaluation under Article (101/3) of whether a notified agreement afforded the parties the possibility of eliminating competition. Most of our current practice and expertise in recent years comes, however, from the application of the Merger Control Regulation. The progressive adoption of a more sophisticated economic approach in the application of the competition law of the European Union has meant, however, that market definition has come to play an increasingly important role under Article (101).”* (M. MONTI, 2001).

²²³ Ver (FERRO, 2015, p. 659 e ss.).

²²⁴ E que marcam um contraste interessante quanto ao conceito de restrição concorrencial como limitação à liberdade das empresas, que encontrámos anteriormente na visão ordoliberal.

Assim, no seu acórdão *Brasserie de Haecht*²²⁵, o Tribunal introduz um importante elemento a ter em conta na determinação de uma restrição da concorrência à luz do artigo 101.º: a necessidade de se considerar o contexto jurídico e económico no qual esses acordos se inserem e, para esse efeito, ao mercado em que se inserem: “ao proibir os acordos, decisões ou práticas, em razão não apenas do seu objeto, mas também dos efeitos que produzem na concorrência, o n.º 1 do artigo (101.º) implica a necessidade de observar esses efeitos no quadro em que se produzem, isto é, no contexto económico e jurídico no qual esses acordos, decisões ou práticas concertadas se inserem e onde podem concorrer, com outros, para a produção de um efeito cumulativo sobre o jogo da concorrência. Seria vão, com efeito, proibir um acordo, uma decisão ou uma prática devido aos seus efeitos, se estes devessem ser separados do mercado em que se manifestam e apenas pudessem ser analisados separados do feixe de efeitos, convergentes ou não, no seio dos quais se produzem... Para se apreciar se está abrangido pela proibição do n.º 1 do artigo (101.º), um acordo não pode, portanto, ser isolado desse contexto, isto é, das circunstâncias de facto ou de direito de que resultem ter este por efeito impedir, restringir ou falsear o jogo da concorrência”²²⁶.

No acórdão *Delimitis*²²⁷, o Tribunal mantém o mesmo diapasão: “a existência de um feixe de contratos similares, ainda que a sua incidência sobre as

Todavia, o Tribunal de Justiça continua a apelar ainda a este conceito – o da autonomia empresarial – como princípio geral fundamental do Direito europeu da concorrência. Ver, neste sentido, o Acórdão *T-Mobile*, n.º 33: “no que diz respeito à troca de informações entre concorrentes, importa recordar que os critérios de coordenação e cooperação constitutivos de uma prática concertada devem ser interpretados à luz da conceção inerente às disposições do Tratado relativas à concorrência, segundo a qual qualquer operador económico deve determinar de maneira autónoma a política que pretende seguir no mercado comum”.

²²⁵ Cf. Acórdão de 12.12.1967, *SA Brasserie de Haecht c. Consorts Wilkin-Janssen*, 23/67, EU:C:1967:54, adiante “Acórdão *Brasserie de Haecht*”.

²²⁶ Cf. Acórdão *Brasserie de Haecht*, p. 706-707.

²²⁷ Cf. Acórdão de 28.2.1991, *Stergios Delimitis c. Henninger Bräu*, C-234/89, EU:C:1991:91, adiante “Acórdão *Delimitis*”.

possibilidades de acesso ao mercado seja importante, não pode, contudo, bastar por si só para se concluir que o mercado em causa é inacessível, na medida em que apenas constitui um elemento, de entre outros, do contexto económico e jurídico no âmbito do qual deve ser apreciado determinado contrato... A tomada em conta desses outros elementos refere-se, em primeiro lugar, aos que determinam igualmente essas possibilidades de acesso.”

Com a passagem da competência de revisão dos recursos das decisões da Comissão em matéria de concorrência para o Tribunal Geral, a necessidade de se considerar o contexto jurídico e económico nos termos anteriormente definidos pelo Tribunal de Justiça será igualmente asseverada, muito embora em termos nem sempre lineares; com efeito, muito embora o Tribunal Geral, nos seus primeiros arestos (reportamo-nos, em especial, ao Acórdão do Tribunal Geral *Tréfilunion*²²⁸, e ao Acórdão do Tribunal Geral *European Night Services*²²⁹), tenha adotado uma posição mais formalista, ao admitir a identificação de práticas restritivas que, *pela sua natureza e independentemente de uma avaliação*

²²⁸ Cf. Acórdão de 6.4.1995, *Tréfileurope Sales SARL c. Comissão*, T-141/89, EU:T:1995:62, adiante “Acórdão do Tribunal Geral *Tréfilunion*”, n.º 57-60: “a circunstância de um acordo favorecer um aumento, ainda que considerável, do volume do comércio entre Estados-Membros não basta para excluir que esse acordo possa afetar esse comércio num sentido prejudicial à realização dos objetivos do um mercado único entre os referidos Estados...o facto de a recorrente não ter respeitado os preços e as quotas não é suscetível de a desculpar. Com efeito, segundo a jurisprudência do Tribunal de Justiça, a consideração dos efeitos concretos de um acordo é supérflua ‘desde que se prove que tem por objeto impedir, restringir ou falsear a concorrência no interior do mercado comum’. Para este efeito, o Tribunal Geral recorre ao Acórdão de 11.1.1990, *Sandoz Prodotti Farmaceutici c. Comissão*, C-277/87, EU:C:1990:6, adiante “Acórdão *Sandoz*” e, mediamente, aos já citados acórdãos *Consten e Miller*. Ver, e.g., Acórdão *Miller*, n.º 15: “é um facto que a *Miller* alega que a Comissão deveria provar que essas cláusulas tiveram um efeito sensível nas trocas intracomunitárias, mas esse argumento não pode ser acolhido. Ao proibir os acordos que tenham por objetivo ou efeito restringir a concorrência, que sejam suscetíveis de afetar as trocas comerciais entre os Estados-Membros, o artigo (101.º, n.º 1) do Tratado não exige que seja demonstrado que esses acordos, efetivamente, afetaram sensivelmente essas trocas comerciais, prova que na maior parte dos casos só dificilmente pode ser fornecida, mas exige que seja provada que esses acordos são suscetíveis de produzir esse efeito. Baseando-se na posição da *Miller* sobre o mercado, sobre a quantidade da sua produção, sobre as exportações registadas e a política de preços por ela praticada, a Comissão provou adequadamente que efetivamente existia o perigo de uma afetação sensível das trocas comerciais entre os Estados-Membros”.

²²⁹ Acórdão de 15.9.1998, *European Night Services e o. c. Comissão*, T-374, T-375, T-384 e T-388/94, EU:T:1998:198, adiante “Acórdão do Tribunal Geral *European Night Services*”.

*concreta do contexto jurídico e económico em que se inserem*²³⁰, podem ser qualificadas como restrições da concorrência pelo objeto, viria a consolidar a sua jurisprudência em torno da análise contextual da prática como condição preliminar da sua qualificação como restrição da concorrência pelo objeto²³¹.

Sem prejuízo do que adiante referiremos a propósito destes conceitos nucleares da operacionalização do artigo 101.º, resulta da jurisprudência do Tribunal de Justiça uma clara distinção nas considerações económicas a ter em conta quando as restrições em causa são analisadas pelo seu *objeto* ou pelo seu *efeito* restritivo.

O que analisaremos adiante é o modo como a jurisprudência do Tribunal, por um lado, e a prática da Comissão, por outro, irão concretizar esta distinção à luz da “abordagem mais económica” no contexto da modernização do Direito europeu da concorrência.

²³⁰ Acórdão do Tribunal Geral *European Night Services*, n.º 136.

²³¹ Temática que será especialmente desenvolvida no capítulo 5.

CAPÍTULO 2: A MODERNIZAÇÃO DO DIREITO EUROPEU DA CONCORRÊNCIA

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. O programa substantivo da reforma: a *abordagem mais económica* ao Direito europeu da concorrência. 3. O princípio de concorrência nos Tratados da União.

1. INTRODUÇÃO

No presente capítulo iremos abordar as alterações substantivas que caracterizam o processo de modernização do Direito europeu da concorrência, procurando das mesmas retirar um programa teleológico coerente e enquadrado pelas prioridades dogmáticas do programa da modernização substantiva e administrativa iniciada em meados da década de 1990; em concreto, a revisão histórica da evolução do Direito da concorrência da União e da política de concorrência até este período revela a existência de um conjunto de objetivos que foram prosseguidos, ou de prioridades que foram sendo enquadradas no âmbito de aplicação das normas, que potencialmente conflituam com uma abordagem mais económica, se entendida como um modelo de aplicação das regras de concorrência orientado pela prossecução de objetivos de eficiência económica e, nestes, do bem-estar do consumidor.

Neste ponto, entendemos necessário um ponto de ordem. A modernização do Direito europeu da concorrência pode ser considerada na perspetiva dogmática, programática dos objetivos que prossegue ou deve prosseguir, numa perspetiva ontológica ou gnosiológica; neste aspeto, a confrontação das orientações da política de concorrência com a aplicação concreta das regras de concorrência, em particular pela Comissão ou pelo Tribunal, pode revelar o grau de coerência ou de assincronismo entre os objetivos proclamados e os que são efetivamente prosseguidos. Pode também revelar que as características específicas do modelo europeu de defesa de concorrência jogam mal com uma conceção monista²³², que pretenda descobrir no regime de defesa da concorrência um sistema dedicado exclusivamente a considerações de eficiência económica; com efeito, a análise da evolução do Direito europeu da concorrência revela, por um lado, a pluralidade de objetivos prosseguidos – e nunca uma uniformidade consistente – e por outro lado, uma elevada capacidade de acomodação de objetivos conflitantes. Com efeito, o desenvolvimento histórico

²³² Sobre o conceito de modelo *monista* ou *pluralista* de defesa da concorrência de acordo com os objetivos prosseguidos, ver, e.g., (MORAIS, 2006, 2014).

do Direito europeu da concorrência – e, em bom rigor, do próprio Direito da União Europeia – tem demonstrado a capacidade do sistema normativo e das instituições responsáveis pela sua aplicação, em particular do Tribunal, em garantir um sentido útil para as disposições do Tratado, num quadro geral de reflexão dos princípios e objetivos gerais da União²³³.

Questão distinta é a de saber se o Tratado admite um modelo de defesa da concorrência monista, ou se uma “abordagem mais económica” é necessariamente compaginável com as disposições do Tratado e com o regime de defesa da concorrência, e se o programa teleológico proposto por uma aceitação estrita do bem-estar do consumidor como padrão de aplicação das regras é desejável²³⁴, ou aceitável²³⁵.

Como vimos anteriormente, a modernização do Direito europeu da concorrência assenta em dois pilares: um primeiro pilar, representado pelas regras adjetivas de aplicação das regras do Tratado em matéria de defesa da concorrência, e que é formalizado pela aprovação, pelo Conselho da União Europeia, em 16 de dezembro de 2002, do Regulamento 1/2003 (também designado de “Regulamento de modernização”), o qual introduz uma verdadeira descentralização da aplicação das regras do Tratado, pelo reconhecimento de efeito direto ao artigo 101.º, n.º 3 e pela introdução da exceção legal, em substituição da mecanismo de notificação prévia que caracterizava a aplicação

²³³ Ver, e.g., (TOWNLEY, 2011).

²³⁴ (FOX & SULLIVAN, 1987, p. 937): *“the danger is not that the present law is unsound or ungrounded, but that, in a complex and sometimes hostile environment, the law - seduced by siren calls of antiseptic theoretical purity - might ultimately lose its way”*.

²³⁵ (DREXL, 2009, p. 697): *“a competition policy that focuses on the protection of the competitive process conforms with the objectives of the Union’s constitutional order. Despite the critique expressed by economists regarding the ordoliberal way of thinking, there is no fundamental conflict between the ‘effects-based’ approach and the freedom paradigm in competition law. The objective of economic integration, which can collide with a purely economic approach, is correctly maintained by the Commission even in the context of the economic approach”*.

do Regulamento 17/62; um segundo pilar, representado pela “abordagem mais económica” às regras de defesa da concorrência²³⁶.

Por outro lado, a análise da “abordagem mais económica” no Direito europeu da concorrência pode ainda ser caracterizada pelos métodos empregues e pelos objetivos prosseguidos; com efeito, podemos avaliar o processo de modernização (i) pela introdução ou reconfiguração das metodologias empregues na aplicação das regras de concorrência, e.g. a nível de métodos analíticos quantitativos ou econométricos, modelos de análise económica, entre outros²³⁷, (ii) pela avaliação dos efeitos concretos das práticas no mercado e no bem-estar como padrão de aplicação das regras de concorrência e, finalmente, (iii) pelo modo como as regras do Tratado são interpretadas e aplicadas.

Atendendo ao âmbito do presente estudo, interessa-nos em especial identificar mudanças qualitativas no modo como as regras de concorrência são aplicadas, seja pela determinação da abordagem dos efeitos e do padrão de bem-estar como quadro referencial da política de concorrência, seja pelo modo como as regras do Tratado são efetivamente aplicadas.

O processo de modernização introduziu alterações sistémicas na aplicação das regras de concorrência dos atuais artigos 101.º e 102.º, abrangendo tanto as questões adjetivas como substantivas da política de concorrência na União. O recurso à expressão “modernização” para caraterizar o conjunto de transformações verificadas nas normas regulamentares, procedimentos e, até, princípios subjacentes à aplicação do Direito europeu da concorrência desde finais da década de 1990 é o resultado da receção, pelo Direito europeu da concorrência, das metodologias de análise económica e da

²³⁶ Ver (EHLERMANN, 2000; JONES & SUFRIN, 2014, p. 44 e ss.; VAN ROMPUY, 2012, p. 180 e ss.).

²³⁷ Tenham-se em consideração, entre outros, os métodos quantitativos e/ou empíricos necessários ao cálculo de substituíbilidade necessário à identificação de mercados relevantes, designadamente o teste SSNIP (*small but significant non-transitory increase in prices*), ou teste do monopolista hipotético, o teste do grau de concentração nos mercados relevantes (e.g., índice de *Herfindahl-Hirschmann*), estimativas de elasticidades procura-preço (diretas e cruzadas), entre outros. Ver, em geral, (BISHOP & WALKER, 2010).

organização industrial que, algumas décadas antes, permearam e orientaram a aplicação do Direito norte-americano da concorrência²³⁸.

²³⁸ Em especial, pela referência paradigmática às noções de “bem-estar” e de “bem-estar do consumidor” que, embora sem uma concretização clara quanto ao arquétipo seguido (o bem-estar total? a eficiência produtiva? o bem-estar do consumidor em sentido estrito? os interesses dos consumidores?), servem de diapasão da aplicação das regras da concorrência. Como vários autores têm destacado, o papel assumido pelos Comissários Karel Van Miert (Comissário para a Concorrência entre 1993 e 1999) e Mário Monti (que sucedeu a Van Miert em 1999, mantendo-se em funções como responsável pelos assuntos de concorrência até 2004), como pelos Diretores-gerais C-D Ehlermann, Alexander Schaub (responsável pela Direcção-Geral da Concorrência da Comissão Europeia entre 1995 e 2002), e Philip Lowe (Diretor-geral para a Concorrência entre 2002 e 2010), foram essenciais na implementação e consolidação destas referências na matriz de aplicação das regras do Direito europeu da concorrência como vetores essenciais da política de concorrência da União. Ver, e.g., (BLOOM, 2005; HILDEBRAND, 2009; JONES, 2010a). Assim, Karel Van Miert, que presidiu ao lançamento do processo de modernização substantiva, em especial pela revisão dos métodos de aplicação do regulamento de controlo de concentrações, e pela revisão da abordagem da Comissão às restrições verticais, e que lançou as bases do processo de modernização adjetiva das regras de defesa da concorrência do Tratado, apresentava nos seguintes termos os desafios que se apresentavam à política da concorrência comunitária em meados da década de 1990: *“Le contrôle des concentrations est un bébé des années 1990. En revanche, les bases sur lesquelles s'appuie aujourd'hui encore l'application des articles 85 et 86 ont été jetées dans les années 1960 et doivent être adaptées à la nouvelle donne économique. Ce n'est pas un hasard si l'application de l'article 85 est le domaine du droit de la concurrence qui vaut à la Commission l'essentiel des critiques qui lui sont adressées. Deux grands objectifs doivent impérativement être poursuivis: une réforme de la procédure suivie pour les cas relevant de l'article 85 dans le sens d'une plus grande sévérité. La fixation de délais internes pour le traitement des entreprises communes structurelles de nature coopérative constitue déjà un premier pas; et une définition claire des priorités, c'est à dire une concentration des rares ressources humaines disponibles sur les cas présentant une véritable importance du point de vue de la concurrence.”* (VAN MIERT, 1995). No último Relatório sobre a Política de Concorrência preparado sob a liderança de Van Miert, de 1999, a Comissão afirmava estar *“empenhada desde há dois anos numa ação de modernização da sua política de concorrência, a fim de a adaptar às realidades do mundo económico contemporâneo e, nomeadamente, de a preparar para os desafios da União Económica e Monetária ou do alargamento da Comunidade. Esta modernização das regras e das práticas destina-se, nomeadamente, a reduzir as obrigações administrativas que incidem sobre as empresas, especialmente as que não detêm qualquer poder de Mercado, bem como a recentrar a atividade dos serviços da Comissão apenas nos processos que apresentem um interesse comunitário manifesto no âmbito da política comunitária de concorrência.”* (p. 27). Já no Relatório anterior, de 1998, a Comissão reconhecia que *“a política de concorrência não pode entrar no novo século sem ser adaptada às realidades do mundo económico contemporâneo: aprofundamento do mercado único, progresso tecnológico e globalização. No essencial, os textos e práticas atuais continuam a inspirar-se na situação que existia nos anos 60, no início do Mercado Comum. Apesar das suas sucessivas adaptações, o atual corpo legislativo não corresponde às exigências de uma política eficaz, que deve satisfazer simultaneamente as necessidades das empresas e as de uma autoridade pública responsável pela proteção da concorrência num mercado interno alargado a quinze Estados-membros, na via da União Económica e Monetária, com uma preocupação de aumento da transparência tarifária e de intensificação do comércio e de um futuro alargamento à Europa Central e Oriental. Assim, encontra-se em curso há vários meses um amplo projeto de modernização do direito comunitário da concorrência”* (p. 11). O Comissário Mario Monti, no seu discurso

Embora merecendo maior destaque o reconhecimento de efeito direto pleno do artigo 101.^o – consagrando a possibilidade de as autoridades nacionais poderem aplicar as condições de justificação individual de práticas restritivas da concorrência previstas no n.º3²³⁹ - e, assim, a descentralização efetiva dos poderes de aplicação das regras europeias de defesa da concorrência pelos Estados-membros da União - a introdução do Regulamento 1/2003 não é apenas o reflexo do esgotamento do modelo institucional posto em prática pelo Regulamento 17/62, representando outrossim uma alteração estrutural e estruturante do Direito europeu da concorrência: *estrutural*, pela implementação de um sistema de aplicação plena institucionalmente descentralizado, muito embora enquadrado por uma plataforma de cooperação e de resolução de conflitos entre a Comissão Europeia e as autoridades nacionais às quais seria entregue a competência de aplicação do Direito europeu – a *Rede Europeia de Concorrência* –, pela reserva do papel do Tribunal de Justiça enquanto garante último da aplicação e interpretação das normas do Tratado e o *corpus iuris* do

European Competition Policy for the 21st Century, deixava claros os objetivos que deviam orientar a aplicação das regras de concorrência do Tratado (M. MONTI, 2000): “since its adoption more than 40 years ago, the Treaty acknowledges the fundamental role of the market and of competition in guaranteeing consumer welfare, encouraging the optimal allocation of resources and granting to economic agents the appropriate incentives to pursue productive efficiency, quality and innovation”. Já Philip Lowe, em “Consumer Welfare and Efficiency – New Guiding Principles of Competition Policy” (LOWE, 2007), apresentava o “fechar do círculo” no que respeita à evolução do pensamento da Comissão em matéria de objetivos da política de concorrência da União: “I think that probably most of you here would agree that the aim of competition policy is to protect competition on the market as a means of enhancing consumer welfare. And you would probably also follow me if I said that consumer welfare and economic efficiency are closely related. An economy is operating at maximum efficiency when society is squeezing the greatest value – the highest level of welfare – out of its scarce resources... we have slowly but surely come to think that the ‘competition’ that competition policy is supposed to protect is best viewed as a process, the outcome of which is welfare, with welfare being the aim... For us in the Commission this meant that in our enforcement we can place greater emphasis on the promotion of economic efficiency and consumer welfare. It meant, first and foremost, that principally those practices should be prohibited which have the effect of harming consumers”.

²³⁹ Efetivamente, trata-se aqui do reconhecimento do efeito direto do n.º 1 do artigo 101.^o, e não do seu n.º 3: enquanto que as regras de proibição eram diretamente aplicáveis, a verificação das condições de justificação apenas poderia ser realizada pela Comissão. Quanto ao efeito direto do artigo 101.^o, n.º 1 e do artigo 102.^o, ver, e.g., o Acórdão de 30.1.1974, *BRT c. SABAM e Fonior*, 127/73, EU:C:1974:6, adiante “Acórdão *BRT I*”, n.º 16-17.

Direito europeu da concorrência, consolidado pela prática administrativa da Comissão, pela jurisprudência do Tribunal e pelas sucessivas orientações administrativas e demais emanações de *soft law* e que a Comissão, sucessivamente, fez publicar e aprovar e que, sem o assumir formalmente, acabam por reconhecer a primazia dos métodos e fins do Direito europeu da concorrência pelas autoridades nacionais no seu labor de aplicação das normas europeias, mas também nacionais²⁴⁰; *estruturante*, pela integração no Direito europeu da concorrência de um enquadramento dogmático radicado na ciência económica, de que a referência sistemática a uma “*abordagem mais económica*” é a principal emanação²⁴¹.

²⁴⁰ As orientações administrativas da Comissão são vinculativas para a própria Comissão, uma vez que refletem a posição desta instituição sobre as normas aplicáveis, de acordo com a jurisprudência e/ou prática administrativa consolidada; todavia, fora do estrito âmbito das decisões da Comissão que constituem *caso julgado*, inclusivamente para as instâncias judiciais nacionais (nos termos do Regulamento 1/2003), as orientações administrativas não são vinculativas *qua tal* para as autoridades nacionais, administrativas ou judiciais, aquando da aplicação do Direito europeu da concorrência (neste sentido, ver Acórdão de 14.6.2011, *Pfleiderer AG c. Bundeskartellamt*, C-360/09, EU:C:2011:389, adiante “Acórdão *Pfleiderer*”, n.º 21, entendimento reiterado no Acórdão *Expedia*, n.º 29). Aliás, sendo certo que as orientações administrativas devem refletir, acima de tudo, as posições consolidadas da jurisprudência em relação a determinadas matérias controvertidas, permitindo assim aos destinatários das normas antever, com razoável segurança, a posição da Comissão em casos idênticos no futuro, não podemos ignorar que elas encerram, acima de tudo, a posição da Comissão relativamente a essa jurisprudência, muitas vezes apresentando as soluções que a própria Comissão entende serem as mais adequadas para a prossecução dos seus objetivos, mas que nem por isso poderão deixar de ser objeto de discussão. Por outro lado, as orientações traduzem também um diálogo entre a Comissão e os Tribunais da União, especialmente quando estes assumem nas suas decisões posições que contrariam aquilo que a Comissão entende ser fundamental para a garantia do efeito útil do Direito da União e que a Comissão procura então enquadrar sistematicamente – o que poderá ou não ser aceite em futuros julgamentos; atente-se, v.g., à jurisprudência *Wouters* do Tribunal de Justiça, e à posição que a Comissão posteriormente vem a adotar para admitir a invocação do que vem a designar por *exceção Wouters* na aplicação do artigo 101.º, nos termos da qual nem todos os acordos entre empresas ou decisões de associações de empresas que são restritivos da concorrência constituem necessariamente uma infração ao artigo 101.º, n.º 1 (cf. Acórdão de 19.2.2002, *JCJ Wouters e o. c. Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten*, C-309/99, EU:C:2002:98, adiante “Acórdão *Wouters*”, n.º 110, e Comissão Europeia, Comunicação da Comissão, *Relatório sobre a concorrência nos serviços das profissões liberais*, CO(2004) 83 final, de 9.2.2004, n.º 74-75). Questão que difere, necessariamente, da eventual sujeição das autoridades nacionais às orientações administrativas da Comissão, quando o resultado do desvio não seja incompatível com a jurisprudência ou prática administrativa anterior da Comissão. Neste ponto, ver, e.g., (COSMA & WHISH, 2003).

²⁴¹ A que não será alheia a criação, em 2003, da posição de “Economista-Chefe” da Direcção-Geral da Concorrência da Comissão. Como referia o Comissário Mario Monti na introdução ao XXXIII Relatório sobre a Política de Concorrência (2004), p. 8: “*nomeei um economista principal em*

O Livro Branco sobre a modernização, publicado em 1999 ainda sob os auspícios do Comissário Van Miert, representava o ponto de vista da Comissão Europeia sobre os desafios que se apresentavam perante a aplicação das regras de concorrência do Tratado, tanto a nível da estrutura administrativa centralizada, como da necessidade de adaptar a interpretação e integração das normas de acordo com os objetivos de eficiência económica e bem-estar que vinham sendo sinalizados na jurisprudência e que haviam já presidido à revisão das orientações da Comissão sobre acordos verticais e determinados tipos de acordos horizontais.

Em particular, a Comissão deixava clara a sua avaliação do estado de rutura funcional a que o sistema de notificação a havia conduzido, com um número elevado de notificações de acordos *prima facie* compatíveis com as regras do Tratado a desviar os recursos da investigação de infrações sérias, em especial dos comportamentos mais graves de violação das regras de concorrência, os cartéis e os abusos de posição dominante; simultaneamente, o sistema de notificação, se adequado num contexto formativo de um mercado interno composto por seis Estados, constituía uma solução desajustada num contexto de mercado único, num espaço económico em alargamento territorial²⁴².

matéria de concorrência para prestar aconselhamento económico em todas as questões de concorrência. Para além de se tratar de um reputado economista no domínio industrial, é apoiado por uma equipa de economistas de alto nível especializados em economia industrial. Esta nomeação e o trabalho da equipa servirão para enraizar, em toda a Direção-Geral, a abordagem económica que estamos firmemente a seguir no domínio da política de concorrência”.

²⁴² Como reconhecido já em 1996 pelo então Diretor-geral para a Concorrência, C-D Ehlermann (EHLERMANN, 1996), que advogava que o alargamento da Comunidade iria colocar uma elevada pressão sobre os recursos da Direcção-Geral da Concorrência, apelando por isso à descentralização e à *privatização* da aplicação das regras de defesa da concorrência, que começa a surgir então como instrumento complementar (embora por muitos anos essencialmente prospetivo), da política de concorrência comunitária. Note-se que apenas em 2014 foi adotada a Diretiva 2014/104/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26.11.2014, relativa a certas regras que regem as ações de indemnização no âmbito do direito nacional por infração às disposições do direito da concorrência dos Estados-Membros e da União Europeia, JO L 349, de 5.12.2014, adiante “Diretiva sobre ações de indemnização”, com base nos trabalhos preparatórios desenvolvidos pela Comissão, em especial o Livro Verde de 2005 (Comissão

Eram assim objetivos da Comissão com o Livro Branco de 1999 apresentar as razões que a levavam a concluir pela *necessidade* de reformar o sistema de aplicação das regras de concorrência: (i) assegurar a eficácia do controlo; (ii) simplificar o controlo administrativo²⁴³.

Não sendo necessariamente relacionadas, a modernização administrativa e a modernização substantiva acabaram por se apresentar como intrinsecamente ligadas – se é certo que a modernização substantiva podia dispensar mesmo (ou evitar de todo) a modernização administrativa, a própria Comissão aproveitou a possibilidade de enquadrar o processo de descentralização através da revisão modernizada do modo de aplicação das regras de concorrência do Tratado, procurando assim determinar o modo como a cultura comum de concorrência se desenvolveria e consolidaria no espaço europeu, para o que não foram indiferentes as críticas a que se ia sujeitando a propósito da sua natureza política e da desconfiança da sua capacidade para abordar, de modo neutro e independente, a aplicação das regras de concorrência²⁴⁴.

Europeia, *Livro Verde sobre ações de indemnização devido à violação das regras comunitárias no domínio antitrust*, COM(2005) 672 final, de 19.12.2005), e o Livro Branco de 2008 (Comissão Europeia, *Livro Branco sobre ações de indemnização por incumprimento das regras comunitárias no domínio antitrust*, COM(2008) 165 final, de 2.4.2008). Sem prejuízo da harmonização das regras processuais nacionais com vista à facilitação das ações de indemnização por danos sofridos pela violação das regras de concorrência, o Tribunal de Justiça deixou claro em vários arestos que o ressarcimento pelos danos sofridos nestas circunstâncias constitui um direito que reforça o efeito útil da proibição do artigo 101, n.º 1, sem o qual a sua plena eficácia seria posta em causa. Ver, neste sentido, o Acórdão de 20.9.2001, *Courage Ltd c. Bernard Crehan*, C-453/99, EU:C:2001:465, adiante “Acórdão *Courage*”, n.º 25-27, onde o Tribunal conclui que “*um direito deste tipo reforça o carácter operacional das regras comunitárias da concorrência e é de natureza a desencorajar acordos ou práticas, frequentemente disfarçados, capazes de restringir ou falsear o jogo da concorrência. Nesta perspetiva, as ações de indemnização por perdas e danos junto dos órgãos jurisdicionais nacionais são suscetíveis de contribuir substancialmente para a manutenção de uma concorrência efetiva na Comunidade*”.

²⁴³ Livro Branco de 1999, p. 20 e ss.

²⁴⁴ Em especial, por parte da Alemanha. Note-se também que a confusão, na mesma instituição, dos poderes de investigação e decisão em matéria de práticas restritivas da concorrência eram – e continuam a ser – alvo cíclico de críticas. Ver a este respeito (WESSELING, 2001). Igualmente, (GERBER, 2008), defendendo claramente que os aspetos substantivos e processuais da modernização não podem ser compreendidos isoladamente.

Todavia, podemos questionar, tomando de empréstimo a conhecida expressão de Barry Hawk²⁴⁵, até que ponto se poderia identificar um *system failure* que justificasse a descentralização efetiva do sistema de aplicação das regras de concorrência do Tratado – e se o Direito europeu da concorrência já estaria suficientemente consolidado para garantir a uniformidade e consistência da sua aplicação a nível do mercado único²⁴⁶: por um lado, como resume Wils²⁴⁷, a criação de um sistema de aplicação em rede das regras de concorrência traria para o domínio da aplicação das normas os benefícios da concorrência entre as várias autoridades competentes *versus* o anterior monopólio da Comissão, fomentando a aplicação multinível das regras de concorrência²⁴⁸; por outro lado,

²⁴⁵ (HAWK, 1995). Para uma análise do Livro Branco de 1999 mais próxima do diapasão oficial da Comissão, ver (EHLERMANN, 2000).

²⁴⁶ Ver, e.g., (MOURA E SILVA, 2000; WESSELING, 2001). Por isso mesmo, a Comissão não deixou de sinalizar que iria continuar a assegurar o seu papel de guardião da uniformidade e coerência da aplicação do Direito europeu da concorrência: *“A Comissão tenciona igualmente elaborar mais comunicações e orientações por forma explicar a sua política e orientar a aplicação das regras de concorrência comunitárias por parte das instâncias nacionais. Estes instrumentos são particularmente bem-adaptados à interpretação das regras de natureza económica, uma vez que permitem tomar melhor em consideração um conjunto de critérios de avaliação pertinentes na avaliação das regras de concorrência. Mesmo se as comunicações e orientações não vinculam as instâncias nacionais, o seu valor e a sua contribuição para uma aplicação coerente de direito comunitário serão reforçados pelo facto de a Comissão adotar as decisões individuais que confirmam a abordagem utilizada nestes textos. Na medida em que estas decisões forem confirmadas pelo Tribunal de Justiça, as comunicações e orientações farão parte das regras originais que devem ser aplicadas pelas instâncias nacionais”*. Livro Branco de 1999, n.º 86.

²⁴⁷ Cf. (W. P. J. WILS, 2001, p. 1695): *“the... most profound reason is that multiple enforcement is likely to lead to more innovation in the interpretation and application of the law. Enforcement by several authorities is likely to be more creative, innovative, and adaptive to change than enforcement by a monopolist authority.”*

²⁴⁸ Nestes termos, ver (FOX, 2001, p. 125), numa passagem que igualmente adivinha a progressiva osmose resultante da aplicação dos direitos nacional e europeu da concorrência pelas autoridades nacionais (administrativas e judiciais): *“Modernisation will shift some costs to national authorities and courts, and it will impose start-up costs on national judicial systems. But these costs are likely to be minor as compared with benefits for the system as a whole. After the modernisation program is implemented, national authorities and courts will be more fully applying Community law, and thus more frequently applying both Community and national law. This set of circumstances should motivate convergence of national law with Community law; it should tend to push these bodies of law into identity; not just harmony. Pure practicality (the ease of applying only one set of rules), combined with national needs and responsibilities for networking with the centre and with other Member States, can be expected to deepen and widen the common competition culture”*. Ver, igualmente neste sentido, (MAHER, 1996). Esta convergência, entre nós, foi identificada, e.g., por (RUIZ, 1999), e ainda na nossa análise da jurisprudência do Tribunal do

ao trazer para o domínio da aplicação por parte das autoridades nacionais das regras – e do *acquis* – do Direito europeu da concorrência, a Comissão poderia assegurar uma maior harmonização da aplicação das regras da concorrência, diluindo as especificidades substantivas dos direitos nacionais que, então, surgiam e se consolidavam na generalidade dos Estados-Membros, em prol da coerência da aplicação das regras europeias, promovendo assim a *comunitarização* dos direitos nacionais de concorrência²⁴⁹.

Comércio de Lisboa em matéria de decisões de associações de empresas (FERREIRA, 2011), destacando que a generalidade de tais decisões, muito embora apliquem apenas as regras nacionais, o fazem de acordo com as orientações interpretativas europeias.

²⁴⁹ Uma das consequências potenciais da descentralização e da aplicação multijurisdicional das regras da concorrência do Tratado, como refere (WILKS, 2005, 2007). Este autor identifica seis riscos associados ao processo de descentralização promovido pela Comissão (2005, p. 446 e ss.): (i) problemas técnicos e processuais associados à própria estrutura delineada pelo Regulamento 1/2003, que pode conduzir à sua implementação errática pela autoridades nacionais ou por conflitos de competência no que respeita à investigação de práticas, substituindo o peso administrativo das notificações prévias invocado pela Comissão para justificar a descentralização pelo peso da coordenação e supervisão da rede de autoridades da concorrência nacionais; (ii) possibilidade de as autoridades nacionais prosseguirem fins e objetivos divergentes, com risco de captura por parte de interesses políticos e económicos; (iii) riscos decorrentes da maior proximidade das autoridades nacionais aos agentes económicos que passam a estar sob sua direta supervisão, tornando a sua independência mais vulnerável a pressões de natureza económica, social ou política; (iv) problemas associadas à falta de meios técnicos e humanos, fragilidade financeira ou incompetência das diversas autoridades nacionais, aumentando o risco de incoerência da aplicação quando as mesmas regras são aplicadas por autoridades com histórias, orçamentos e meios totalmente díspares entre si; (v) maior influência das diferentes culturas e sensibilidade nacionais, bem como dos respetivos modos de organização, em especial nos países com menor cultura de concorrência, seja os países da Europa de Leste, como da Europa do Sul; (vi) reação dos agentes económicos e consequente aproveitamento das fragilidades identificadas, potenciando situações de *forum shopping*. Todavia, o autor reconhece igualmente que subjacente ao processo de modernização pode-se encontrar um “golpe estratégico” da Comissão (p. 446-447): “*the second reading presents modernization as an imperialist move by the Commission to centralize competition enforcement and to consolidate its control over an increasingly assertive group of NCAs. On this analysis the original principal-agent relationship between the member states and the Commission remains in place but is supplemented by a second principal-agent relationship with the Commission as principal and the NCAs as agents*”. Em (2007), o mesmo autor avalia o tempo entretanto decorrido de aplicação do Regulamento 1/2003 para concluir que “*it could have been expected that there would be a degree of overt conflict, a risk of incoherence or the emergence of one or more NCAs to threaten the leadership role of the Commission. The fact that none of these features appears to have developed is explained by the value that NCAs place upon their domestic independence, which is enhanced by the ECN, and by the success of competition specialists in the epistemic community in working with and through DG Comp to create a persuasive set of coordinative discourses*” (p. 455). Ver, igualmente para um prognóstico positivo quanto aos desenvolvimentos que seriam introduzidos pelo programa da modernização, (BARROS, 2003).

A necessidade de mudanças no modo como as regras da concorrência do Tratado eram aplicadas começava a ganhar forma no discurso jurídico e político no final da década de 1990, sendo vários os fatores que contribuíram para a reflexão que levou a Comissão Europeia a propor uma cedência do seu monopólio de aplicação das regras do Tratado em benefício de uma nova estrutura de aplicação descentralizada²⁵⁰, em rede, assente na redefinição do papel das Autoridades nacionais responsáveis pela aplicação de regras de concorrência relativamente à aplicação dos artigos 101.º e 102.º²⁵¹.

Um dos motivos para estas propostas assentava, por um lado, na articulação entre o n.º 1 e o n.º 3 do artigo 101.º e, por outro, no sistema de notificação e de competência exclusiva de aplicação do n.º 3 pela Comissão, que resultava do Regulamento 17/62.

A ligação entre a proibição (n.º 1) e a exceção (n.º 3) do artigo 101.º é uma das questões mais delicadas e problemáticas do Direito europeu da concorrência: por um lado, o Tribunal de Justiça deixou claro bem cedo que tais normas são indivisíveis e que não podem deixar de ser aplicadas em simultâneo²⁵²; por outro lado, o mesmo Tribunal afirmou o efeito direto da proibição – conferindo assim direitos aos particulares para a sua invocação

²⁵⁰ Como notam (JONES & SUFRIN, 2014, p. 119 e ss.).

²⁵¹ Refira-se que já no ano de 1997 a Comissão tinha avançado com duas medidas de modernização, substantiva e adjetiva: a revisão da Comunicação *De Minimis* (Comunicação da Comissão relativa aos acordos de pequena importância, JO C 372, de 9.12.1997), que tinha por objetivo identificar os tipos de práticas para os quais os recursos de investigação da Comissão seriam canalizados (ou seja, as práticas que, pela dimensão dos agentes ou gravidade dos comportamentos, constituíam restrições de dimensão comunitária), bem como a primeira Comunicação de cooperação com autoridades nacionais no domínio da aplicação dos artigos 101.º e 102.º, ainda no contexto do sistema de aplicação instituído pelo Regulamento 17/65 (Comunicação da Comissão relativa à cooperação entre a Comissão e as autoridades de concorrência dos Estados-Membros no que diz respeito ao tratamento dos processos abrangidos pelos artigos 85.º e 86.º do Tratado CE, JO C 313, de 15.10.1997).

²⁵² Acórdão de 6.4.1962, *De Geus c. Bosch e van Rijn*, 13/61, EU:C:1962:11, adiante “Acórdão *De Geus*”, p.18: “o teor literal do n.º 2 do (artigo 101.º), que, ao falar de acordos ou decisões ‘proibidos pelo presente artigo’, parece considerar os n.ºs 1 e 3 desse artigo como formando um todo indivisível”.

perante as jurisdições nacionais – enquanto a Comissão mantinha o monopólio para aplicar a exceção²⁵³; é certo que o Tribunal foi desenvolvendo mecanismos que permitiam aos tribunais nacionais aplicar o artigo 101.º, validando ou anulando práticas sem interferir na competência exclusiva da Comissão para avaliar os pressupostos da exceção, nomeadamente pela contenção dos próprios limites da proibição²⁵⁴, ou ainda pela verificação do preenchimento dos pressupostos de aplicação de regulamentos de isenção por categoria, levando a uma aplicação *indireta* dos critérios da exceção pelos tribunais nacionais²⁵⁵, e ainda pela redução do escopo da proibição, seja por via da sua recondução às

²⁵³ Acórdão BRT I, n.º 16: “uma vez que as proibições previstas nos artigos (101.º, n.º 1 e 102.º) se prestam pela sua própria natureza a produzir efeitos diretos nas relações entre particulares, estes artigos criam na esfera jurídica dos particulares direitos que os órgãos jurisdicionais nacionais devem proteger”.

²⁵⁴ Ver, neste sentido, (WESSELING, 2001, p. 368). No Acórdão *Delimitis*, o Tribunal concluiu que (n.º 23): “se da análise do conjunto dos contratos similares celebrados no mercado de referência e dos outros elementos do contexto económico e jurídico do contrato em causa se concluir que esses contratos não têm por efeito cumulativo fechar o acesso a esse mercado aos novos concorrentes nacionais e estrangeiros, os contratos individuais, que compõem o feixe de acordos, não podem constituir um obstáculo ao livre jogo da concorrência, na aceção do (artigo 101.º, n.º 1). Por conseguinte, escapam à proibição prevista nessa disposição”. Já no Acórdão *Brasserie de Haecht*, o Tribunal considerara a delimitação do conceito inerente à proibição para incluir na sua apreciação o contexto económico e jurídico e o conjunto do mercado: “ao proibir os acordos, decisões ou práticas, em razão não apenas do seu objeto, mas também dos efeitos que produzem na concorrência, o (artigo 101.º, n.º 1) implica a necessidade de observar esses efeitos no quadro em que se produzem, isto é, no contexto económico e jurídico no qual esses acordos, decisões ou práticas se inserem e onde podem concorrer, com outros, para a produção de um efeito cumulativo sobre o jogo da concorrência. Seria vão, com efeito, proibir um acordo, uma decisão ou uma prática devido aos seus efeitos, se estes devessem ser separados do mercado em que se manifestam e apenas pudessem ser analisados separados do feixe de efeitos, convergentes ou não, no seio dos quais se produzem. Para se apreciar se está abrangido pela proibição... um acordo não pode, portanto, ser isolado desse contexto, isto é, das circunstâncias de facto ou de direito de que resultem ter este por efeito impedir, restringir ou falsear o jogo da concorrência” (p. 705-706).

²⁵⁵ Ver, e.g., o Acórdão de 3.2.1976, *Fonderies Roubaix Wattrelos c. Fonderies Roux e o.*, 63/75, EU:C:1976:15, n.º 9-11: “com o objetivo de facultar uma resposta útil ao órgão jurisdicional nacional, deve determinar-se a quem compete declarar se os acordos desta forma isentos de notificação são ou não atingidos pelo disposto no (artigo 101.º, n.º 1) e, em caso afirmativo, se beneficiam da isenção prevista no (artigo 101.º, n.º 3). Cabe aos órgãos jurisdicionais nacionais que tenham de pronunciar-se num processo relativo à validade de tais acordos apreciar... se estes acordos podem afetar, de forma sensível, o comércio entre Estados-membros. Quando necessário, esses órgãos jurisdicionais têm igualmente competência para declarar se contratos como os mencionados na questão prejudicial beneficiam, por força do (artigo 101.º, n.º 3), da isenção por categoria”.

situações que constituíssem efetivamente restrições da concorrência, designadamente para efeitos da determinação da sua dimensão comunitária²⁵⁶,

²⁵⁶ Ver o Acórdão *Delimitis*, e o Acórdão do Tribunal Geral *European Night Services*, em esp. os n.ºs 136-137: “antes de examinar os argumentos das partes quanto à correção da análise da Comissão a respeito da restrições à concorrência, o Tribunal recorda, liminarmente, que a apreciação de um acordo ao abrigo do artigo (101.º, n.º 1) do Tratado deve ter em conta o quadro concreto em que esse acordo produz os seus efeitos e designadamente o contexto económico e jurídico em que as empresas em causa operam, a natureza dos serviços visados por esse acordo, bem como as condições reais do funcionamento e da estrutura do mercado em causa... salvo se se tratar de um acordo com restrições manifestas à concorrência como a fixação dos preços, a repartição do mercado ou o controlo das vendas... Com efeito, neste último caso, só no quadro do artigo (101.º, n.º 3) do Tratado é que essas restrições podem ser ponderadas face aos efeitos alegadamente favoráveis à concorrência, para efeitos de concessão de uma isenção da proibição constante do n.º 1 do mesmo artigo. Deve sublinhar-se igualmente que a análise das condições de concorrência assenta não só na concorrência atual das empresas já presentes no mercado em causa, mas também na concorrência potencial, a fim de saber se, tendo em conta a estrutura do mercado e o contexto económico e jurídico em que se enquadra o seu funcionamento, existem possibilidades reais e concretas de as empresas envolvidas competirem entre si, ou de um novo concorrente entrar no mercado em causa e fazer concorrência às empresas já estabelecidas nesse mesmo mercado”. Assim, o Tribunal Geral conclui que (cf. n.º 229) “como resulta da análise efetuada pelo Tribunal dos primeiro e segundo fundamentos, deve considerar-se que a Comissão não analisou de modo correto e bastante, na decisão impugnada, o contexto económico e jurídico no qual se inscrevem os acordos ENS. Em consequência, não ficou demonstrado que os acordos ENS sejam restritivos da concorrência..., e que, por isso, necessitem de uma isenção ao abrigo do artigo (101.º, n.º 3) do Tratado”. No que respeita à delimitação jurisprudencial da proibição do artigo 101.º, n.º 1, ver ainda o Acórdão de 9.7.1969, *Franz Völk c. Ets. J. Vervaecke*, 5/69, EU:C:1969:35, adiante “Acórdão *Völk*”, p. 96: “a proibição do artigo (101.º) não se aplica a um acordo que apenas afeta o mercado de modo insignificante, tendo em conta a situação pouco relevante que os interessados ocupam no mercado dos produtos em causa. É assim possível que um acordo de exclusividade, mesmo que inclua uma proteção territorial absoluta, tendo em conta a posição pouco relevante dos interessados no mercado dos produtos em causa na área que é objeto da proteção absoluta, não seja abrangido pela proibição prevista no n.º1 do artigo (101.º)”; e o Acórdão de 12.9.2000, *Pavel Pavlov e o. c. Stichting Pensioenfonds Medische Specialisten*, C-180/98 a C-184/98, EU:C:2000:428, adiante “Acórdão *Pavel Pavlov*”, em esp. os n.ºs. 93-97: “é necessário declarar que tal decisão, que harmoniza em parte os custos e as prestações de pensões complementares dos médicos especialistas, restringe a concorrência no que diz respeito a um fator de custo dos serviços médicos especializados. Efetivamente, essa decisão tem por consequência que os referidos médicos não fazem mutuamente concorrência para obter um seguro menos oneroso para essa parte da sua pensão. Todavia, como salientou o advogado-geral os n.ºs 138-143 das suas conclusões, os efeitos restritivos dessa decisão no mercado dos serviços médicos especializados são limitados. Com efeito, a decisão em causa só produz efeitos restritivos em relação a único fator de custo dos serviços fornecidos pelos médicos especialistas independentes, isto é, o regime complementar de pensões, o qual é pouco importante em comparação com outros fatores, tais como os honorários dos médicos ou o preço dos equipamentos médicos. O custo do regime complementar de pensões só exerce uma influência marginal e indireta sobre o custo final dos serviços prestados... além disso, há que salientar que a criação de um regime complementar de pensões gerido por um único fundo permite aos médicos especialistas independentes repartirem os riscos segurados, realizando ao mesmo tempo economias de escala na gestão das contribuições e do pagamento das pensões, bem como nas modalidades de aplicação dos ativos. Resulta das considerações precedentes que a decisão dos

seja pela não consideração para efeitos de aplicação do artigo 101.º de condutas que prosseguissem objetivos igualmente estabelecidos nos Tratados²⁵⁷.

Por outro lado, a redação da exceção em termos suficientemente latos poderia permitir a inclusão de considerações de política económica na avaliação do preenchimento dos seus pressupostos, prejudicando a coerência do sistema normativo e possibilitando uma captura da aplicação das regras de concorrência por considerações de política económica que tinha presidido, no período formativo, à centralização da sua aplicação na Comissão²⁵⁸.

Todavia, como noutras dimensões da política comunitária, a definição dos limites ou expansão da integração por via da jurisprudência do Tribunal arrisca a inexistência de uma linha orientadora clara que permitisse definir concretamente as fronteiras da aplicação das regras da concorrência do Tratado, quer no que respeita às fronteiras internas (pelo esbatimento da fronteira formal entre a proibição e a exceção), como nas externas, em relação à definição do papel da Comissão e das autoridades nacionais na aplicação dessas mesmas regras.

membros de uma profissão liberal de criar um fundo de pensões encarregado da gestão de um regime complementar de pensões não restringe de modo sensível a concorrência no mercado comum”.

²⁵⁷ Ver, e.g., o Acórdão de 21.9.1999, *Albany International BV c. Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie*, C-67/96, EU:C:1999:430, adiante “Acórdão *Albany International*”, n.ºs 59-61: “é verdade que alguns efeitos restritivos da concorrência são inerentes aos acordos coletivos concluídos entre organizações representativas das entidades patronais e dos trabalhadores. Todavia, os objetivos de política social prosseguidos por esses acordos ficariam seriamente comprometidos se os parceiros sociais estivessem sujeitos ao artigo (101.º, n.º 1) do Tratado na busca em comum de medidas destinadas a melhorar as condições de emprego e de trabalho. Resulta, assim, de uma interpretação útil e coerente das disposições do Tratado, no seu conjunto, que acordos concluídos no âmbito de negociações coletivas entre parceiros sociais com vista a atingir esses objetivos devem ser considerados, em razão da sua natureza e do seu objetivo, como não abrangidos pelo artigo (101.º, n.º 1) do Tratado. Deve, por isso, apreciar-se se a natureza e o objeto do acordo em questão no processo principal justificam que o mesmo seja subtraído ao âmbito de aplicação do artigo (101.º, n.º 1) do Tratado.”

²⁵⁸ Ver (GERBER, 2008, p. 1239; WESSELING, 2001, p. 368 e ss.). Neste ponto, Wesseling (ob. e loc. cit.) nota que a Comissão procura restringir a aplicação do n.º 3 precisamente para evitar, no contexto da descentralização da sua aplicação, a sua sujeição a considerações de natureza política ou a uma margem de apreciação tão ampla que prejudicasse a coerência do sistema.

As motivações para esta reforma institucional profunda, qual *revolução*²⁵⁹, não podem assim ser apenas reduzidas ao excesso de notificações resultante do sistema de aplicação do Regulamento 17/65.

Com efeito, em 1999 a Comissão reconhecia já que a introdução da Comunicação *De Minimis* tinha tido por efeito reduzir o número de notificações, ainda que este permanecesse, na sua opinião, muito elevado (e.g., 216 notificações em 1998)²⁶⁰; por outro lado, se era claro que o sistema de aplicação centralizada do artigo 101.º, n.º 3 criava fortes desincentivos à aplicação das regras de concorrência do Tratado pelas autoridades nacionais²⁶¹, impedindo uma descentralização material que libertasse recursos da Comissão para a investigação das práticas mais graves ou de dimensão comunitária, há dois importantes elementos circunstanciais, um deles externo à política de concorrência, que produzem o contexto adequado para a Comissão tomar a liderança de um processo que se adivinhava já necessário: em primeiro lugar, a introdução do princípio da subsidiariedade no discurso jurídico comunitário, com o Tratado de Maastricht permite o desenvolvimento do dialética da

²⁵⁹ Na expressão de (EHLERMANN, 2000).

²⁶⁰ Cf. XXVIII Relatório sobre a Política de Concorrência (1999), p. 27. Esta redução seria reforçada posteriormente com a flexibilização do procedimento de notificação, pelo alargamento do âmbito do n.º 2 do artigo 4.º do Regulamento 17/62, tendo em vista a concessão de uma dispensa do requisito de notificação prévia em relação a todos os acordos verticais, no contexto da revisão da abordagem da Comissão a este tipo de restrições, e seria evidenciada nos últimos Relatórios sobre a Política de Concorrência do período pré-descentralização, relativos aos anos de 2002 e 2003.

²⁶¹ Como notava a Comissão no seu XXVIII Relatório sobre a Política de Concorrência (1999), p. 28: *“Em 1998, nos quinze Estados-Membros, apenas 8 autoridades aplicaram diretamente o n.º 1 do artigo 81.º e o artigo 82.º do Tratado, após a adoção por parte do legislador nacional de textos legislativos específicos... A Comissão deseja que os Estados-Membros que não dispõem ainda dessas disposições se dotem rapidamente dos meios de aplicação do n.º 1 do artigo 81.º e do artigo 82.º. Todavia, é conveniente referir que os Estados-Membros, quando procedem à revisão ou adoção de legislação nacional em matéria de concorrência, se inspiram muito frequentemente no direito comunitário, realizando desta forma uma harmonização voluntária que só pode favorecer o aparecimento de uma cultura jurídica comum na Comunidade Europeia”.*

descentralização e da *devolução* de poderes²⁶² e de aproximação da tomada de decisões aos cidadãos que contextualiza o programa de descentralização; por outro lado, o desenvolvimento efetivo de regras e sistemas de proteção da concorrência na generalidade dos Estados-Membros, e o progresso de culturas nacionais de concorrência não necessariamente coerentes com a política de concorrência seguida pela Comissão, ameaçava a prazo a coerência do Direito europeu da concorrência e, em especial, o papel da Comissão na determinação da sua configuração; a descentralização e o modo como será conduzida pela Comissão procurará neutralizar o efeito potencialmente negativo da colisão de interesses entre com autoridades nacionais com igual prestígio e (potencialmente maior) legitimidade ²⁶³, do desenvolvimento de direitos nacionais da concorrência com princípios e objetivos contrastantes, procurando assim fomentar uma cultura comum de concorrência a nível de todos os Estados-membros, que simultaneamente reforçasse a legitimidade da política de concorrência da União²⁶⁴.

²⁶² Tenha-se em conta que, no que respeita à política de concorrência, sendo este um domínio plenamente comunitarizado, o princípio da subsidiariedade não lhe é estritamente aplicável. Todavia, o debate em torno da descentralização e da maior visibilidade da política de concorrência junto dos cidadãos, que implica necessariamente a passagem de alguns dos poderes de decisão para níveis mais baixos da estrutura administrativa, encontra aqui um contexto fértil de desenvolvimento. Ver, ainda, (EHLERMANN, 2000).

²⁶³ Em especial, as propostas da Comissão foram negativamente recebidas por parte da Alemanha, por nelas identificar uma clara comunitarização dos direitos nacionais de concorrência e a menorização das agências nacionais no contexto de uma rede europeia, para todos os efeitos gerida e organizada de acordo com os interesses da Comissão. Ver (BUXBAUM, 2005, p. 489; GERBER, 2008, pp. 1242-1243).

²⁶⁴ No discurso de aceitação do prémio “Ludwig Erhard”, em 1998, o Comissário Karel Van Miert tornava claros, na perspetiva da Comissão, os receios associados à descentralização, quando relacionada com o discurso da subsidiariedade – e que estariam no centro do interesse da Comissão em conduzir, ela própria, esse processo: *“lightening the load on the centre, decentralisation, and more networking with the national authorities: this is not just needed for internal technocratic reasons; it is vital if there is to be lasting public acceptance of competition policy, which can of course have painful effects. Close cooperation is also needed because on its own the Commission can never guarantee effective protection against restrictions of competition, and because genuinely effective protection needs a ‘competition culture’ which cannot be handed down from above but must grow up inside each country. Again, close cooperation between competition authorities is helpful because it leads to the emergence of consistent enforcement practice. A consolidation of competition policy continues to be a major challenge here, because we regularly see attempts, not least from Germany, to clip the wings of European competition policy. The essential point in my opinion is that the Commission should continue to be independent and credible in*

É, assim, a consolidação das iniciativas que foram sendo desenvolvidas concomitantemente com o programa do mercado único no sentido de reforçar a legitimidade económica da política de concorrência²⁶⁵, e que agora se procuram

applying the competition rules, especially at a time when efforts are being made to decentralise” (VAN MIERT, 1998). Ainda sobre as iniciativas alemãs (e francesas) a que Van Miert se refere neste discurso, convirá recordar as suas palavras, em 1995, concretamente em relação à proposta de criação de uma nova agência europeia anti-cartel moldada nos termos do Bundeskartellamt: “Dans l’Union européenne et, plus particulièrement, en Allemagne, on discute aujourd’hui de l’harmonisation des droits nationaux et européen de la concurrence. À cet égard, il est tout d’abord important que les États membres disposent tous d’un droit de la concurrence. Les États membres qui ont adopté des textes législatifs en la matière au cours des dernières années se sont largement inspirés du droit communautaire. Rapprocher les autres législations nationales du modèle européen est chose assurément souhaitable. Mais cette tâche relève par nature de la compétence des États membres. Il peut aussi y avoir harmonisation lorsque les autorités nationales de la concurrence appliquent le droit communautaire. Le système actuel permet, dans une large mesure, une application décentralisée des articles 85 et 86. Cette possibilité est loin d’être pleinement utilisée. Les États membres devraient y recourir dans les cas présentant à l’évidence une simple dimension nationale. La Commission se saisira de ces dossiers uniquement lorsqu’une exemption individuelle au titre de l’article 85 paragraphe 3 (qui relève de sa compétence exclusive) est véritablement envisageable. Parallèlement, il faut naturellement veiller à ce que les affaires présentant un intérêt communautaire soient traitées par la Commission. Harmonisation ne signifie pas similitude en tous points. Elle ne signifie pas non plus qu’un cadre institutionnel ayant fait ses preuves dans un État membre est adapté au niveau communautaire. Voilà une réalité dont doit tenir compte la proposition avancée par l’Allemagne de créer un Office européen des ententes. Les arguments qui militent pour ou contre la création d’un tel office sont suffisamment connus et je ne veux pas ici les passer en revue. Je souhaiterais cependant profiter de mon intervention pour insister particulièrement sur le point suivant. Je pense vous avoir démontré que la politique européenne de la concurrence ne consistait pas uniquement à prendre des décisions dans des cas individuels au titre du contrôle des concentrations ou des articles 85 et 86. Si un Office européen des ententes était mis en place, son rôle serait cependant confiné à ce domaine et il courrait le danger de se trouver en marge de l’évolution des autres aspects de la politique de la concurrence. L’éclatement de la politique européenne contribuerait en fin de compte à son affaiblissement.” (VAN MIERT, 1995). Ver ainda (EHLERMANN, 1995; G. MONTI, 2007, p. 400 e ss.; RILEY, 1997; WESSELING, 2000, p. 169 e ss.), a propósito destas propostas, que surgem ciclicamente, pelo menos, desde que a Alemanha apresentou uma proposta neste sentido logo em 1965, e que ganharam maior importância a partir do momento que a Comissão adquiriu competências para apreciar previamente operações de concentrações de empresas, com os proponentes a recear que a falta de transparência dos processos decisórios da Comissão e o reforço da sua dimensão política na sequência dos Tratados de Maastricht e Amesterdão prejudicassem a independência da análise jus-concorrencial.

²⁶⁵ (VENIT, 2003, p. 551 e ss.) sublinha igualmente a experiência adquirida pela Comissão na aplicação do primeiro regulamento comunitário de controlo de concentrações, e a vontade de a Comissão concentrar os seus recursos na investigação de práticas mais graves, a que não foi alheia a introdução do regime de dispensa ou redução de coima por colaboração na investigação, de 1996; com efeito, com a introdução deste regime, tornava-se necessário alocar recursos à

conciliar num programa consistente e coerente de “abordagem mais económica” às diversas valências do Direito europeu da concorrência, e a reforma do sistema de aplicação das regras de concorrência do Tratado, que caracterizam a etapa presente do Direito europeu da concorrência.

A publicação do Livro Branco, em 1999, e a apresentação da proposta de um novo regulamento de execução das regras do Tratado, logo em setembro de 2000²⁶⁶, desencadearia uma etapa de intensa atividade legislativa, tanto a nível de revisão dos regulamentos de execução ou de isenção, como das orientações administrativas relativas à aplicação das regras de concorrência do Tratado, e que continua até à atualidade, dando corpo à promessa apresentada pela Comissão no Livro Branco de 1999, de *“elaborar mais comunicações e orientações por forma explicar a sua política e orientar a aplicação das regras de concorrência comunitárias por parte das instâncias nacionais.”*²⁶⁷.

Assim, com a entrada em vigor do Regulamento 1/2003 (no dia 1 de maio de 2004), foi modernizado o quadro legislativo e das regras de interpretação, pela introdução dos seguintes regulamentos, comunicações e orientações da Comissão no domínio da aplicação dos artigos 101.º e 102.º às empresas, o chamado “pacote de modernização”²⁶⁸:

investigação das práticas denunciadas mediante colaboração, até então adstritos à avaliação das notificações prévias.

²⁶⁶ Comissão Europeia, proposta de regulamento do Conselho relativo à execução das regras de concorrência aplicáveis às empresas previstas nos artigos 81.º e 82.º do Tratado e que altera os Regulamentos (CEE) n.º 1017/68, (CEE) n.º 2988/4, (CEE) n.º 4056/86 e (CEE) n.º 3975/87 (“Regulamento de execução dos artigos 81.º e 82.º do Tratado CE”), COM(2000) 582 final, JO C 365 E/284, de 19.12.2000 (apresentada pela Comissão a 28.9.2000). O Conselho viria a adotar formalmente esta proposta apenas dois anos mais tarde, com a aprovação do Regulamento 1/2003. Para uma descrição do processo de discussão pública na sequência da publicação do Livro Branco de 1999, e até à aprovação do novo regulamento de execução, ver (BLOOM, 2005, pp. 55-60).

²⁶⁷ Cf. Livro Branco de 1999, p. 86.

²⁶⁸ Cf. XXXIII Relatório sobre a Política de Concorrência (2004), p. 24: *“ao apresentarem a metodologia de aplicação destas disposições do Tratado e resumirem a jurisprudência existente, estas comunicações ajudarão as autoridades nacionais de concorrência e os tribunais nacionais a aplicarem essas disposições”*. Note-se que previamente ao “pacote de modernização”, o quadro

- Regulamento relativo à instrução de processos pela Comissão para efeitos dos artigos 101.º e 102.²⁶⁹, que detalha as regras relativas às investigações conduzidas pela Comissão, os direitos processuais das empresas investigadas e o tratamento da informação confidencial;
- Comunicação sobre a cooperação no âmbito da rede de autoridades de concorrência²⁷⁰, que estabelece os princípios de cooperação no âmbito da Rede Europeia de Concorrência (*ECN – European Competition Network*);
- Comunicação sobre a cooperação entre a Comissão e os tribunais nacionais²⁷¹, com especial relevância para o modo como os tribunais devem atuar perante casos em investigação ou já investigados pela Comissão;
- Comunicação sobre o processamento e tratamento de denúncias à Comissão Europeia²⁷²;

legislativo e interpretativo aplicável tinha já começado a ser revisto pela introdução do *leitmotiv* da abordagem mais económica às regras de concorrência: e.g., o primeiro reflexo relevante surge no contexto do quadro legal e interpretativo das restrições verticais, através do Regulamento de Isenção por Categoria de 1999, e das Orientações da Comissão relativas às restrições verticais de 2000, a que se segue a revisão do quadro legal e interpretativo aplicável a determinados tipos de acordos horizontais: o Regulamento 2658/2000, relativo a certas categorias de acordos de especialização, e o Regulamento 2659/2000, relativo a certas categorias de acordos de investigação e de desenvolvimento, e as Orientações da Comissão sobre acordos horizontais, de 2001. Finalmente, a revisão da Comunicação *De Minimis*, em 2001 (Comunicação da Comissão relativa aos acordos de pequena importância que não restringem sensivelmente a concorrência nos termos do n.º 1 do artigo 81.º do Tratado CE, ‘*De Minimis*’, JO C 368/13, de 22.12.2001). Para um enquadramento desta iniciativas anteriores ao Livro Branco, ver (BLOOM, 2005, p. 65 e ss.). Ainda relacionada com a modernização, destafeta processual, convirá recordar as duas primeiras comunicações da Comissão relativas à dispensa ou redução de coima em processos de cartel: a Comunicação da Comissão sobre a não aplicação ou a redução de coimas nos processos relativos a acordos, decisões e práticas concertadas, JO C 207, de 18.7.1996 (a primeira “Comunicação de Clemência”), e a Comunicação da Comissão relativa à imunidade em matéria de coimas e à redução do seu montante nos processos relativos a cartéis, JO C 45, de 19.2.2002. Ver (GERBER, 2001).

²⁶⁹ Regulamento (CE) n.º 773/2004 da Comissão relativo à instrução de processos pela Comissão para efeitos dos artigos 81.º e 82.º do Tratado CE, JO L 123, de 2.4.2004.

²⁷⁰ Comunicação da Comissão sobre a cooperação no âmbito da rede de autoridades de concorrência, JO C 101, de 27.4.2004.

²⁷¹ Comunicação da Comissão sobre a cooperação entre a Comissão e os tribunais dos Estados-Membros da UE na aplicação dos artigos 81.º e 82.º do Tratado CE, JO C101, de 27.4.2004.

- Comunicação sobre cartas de orientação (“*guidance letters*”) ²⁷³, nos termos da qual a Comissão poderá, se confrontada com uma situação verdadeiramente nova ou não resolvida, dar orientação informal, por escrito, às empresas que o solicitem;
- Comunicação sobre a interpretação pela Comissão do conceito de afetação do comércio entre Estados-Membros ²⁷⁴;
- Comunicação sobre a aplicação do n.º 3 do artigo 101.º ²⁷⁵.

Ainda nesta sequência, e nos anos que se seguiram à introdução do “pacote de modernização”, foram introduzidas medidas legislativas, comunicações ou orientações que corporizam, no conjunto e no essencial, um verdadeiro programa legislativo de longo alcance, e uma ampla reforma do Direito europeu da concorrência, abrangendo todos os seus domínios de aplicação: acordos horizontais e verticais, abuso de posição dominante, e controlo de concentrações ²⁷⁶, bem como no que respeita a questões processuais ou de natureza adjetiva, mas que prosseguem igualmente os objetivos de simplificação e maior eficácia da atuação da Comissão na aplicação das regras do Tratado.

²⁷² Comunicação da Comissão relativa ao tratamento de denúncias pela Comissão nos termos dos artigos 81.º e 82.º do Tratado CE, JO C 101, de 27.4.2004.

²⁷³ Comunicação da Comissão sobre a orientação informal relacionada com questões novas relativas aos artigos 81.º e 82.º do Tratado CE que surjam em casos individuais (cartas de orientação), JO C 101, de 27.4.2004.

²⁷⁴ Comunicação da Comissão, orientações sobre o conceito de afetação do comércio entre os Estados-Membros previsto nos artigos 81.º e 82.º do Tratado, JO C 101, de 27.4.2004, adiante “Orientações relativas à afetação do comércio entre Estados”.

²⁷⁵ Orientações relativas à aplicação do n.º 3 do artigo 101.º.

²⁷⁶ As alterações substantivas introduzidas a nível do regime dos auxílios de Estado não serão objeto de análise no contexto do presente estudo, por não se tratarem diretamente de regras aplicáveis às empresas. De qualquer modo, não podemos deixar de chamar à colação o processo de “modernização” das regras aplicáveis à avaliação da compatibilidade dos auxílios de Estado com as regras do Tratado, como delineado pela Comissão na sua Comunicação “*Modernização da política da UE no domínio dos auxílios estatais*”, COM(2012) 209 final, de 8.5.2012.

Assim, a nível dos acordos horizontais e verticais, destacam-se:

- Regulamento de isenção por categoria relativo a determinados tipos de acordos verticais²⁷⁷, e respetivas regras interpretativas²⁷⁸;
- Regulamentos de isenção por categoria relativos a acordos de cooperação para investigação e desenvolvimento²⁷⁹, e a acordos de especialização²⁸⁰;
- Comunicação sobre os acordos de cooperação horizontal²⁸¹;
- A terceira Comunicação *De Minimis* ²⁸², acompanhada por uma interessante “orientação informal” relativa a infrações por objeto²⁸³;

A nível das práticas unilaterais, a Comunicação sobre as prioridades na aplicação do artigo 102.º a comportamentos de exclusão²⁸⁴.

²⁷⁷ Regulamento (UE) n.º 330/2010 da Comissão, de 20.4.2010, relativo à aplicação do artigo 101.º, n.º 3, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia a determinadas categorias de acordos verticais e práticas concertadas, JO L 102, de 23.4.2010, adiante “Regulamento de Isenção por Categoria de 2010”.

²⁷⁸ Comunicação da Comissão, Orientações relativas às restrições verticais, JO C 130, de 19.5.2010, adiante “Orientações relativas às restrições verticais de 2010”.

²⁷⁹ Regulamento (UE) n.º 1217/2010 da Comissão, de 14.12.2010, relativo à aplicação do artigo 101.º, n.º 3, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia a certas categorias de acordos no domínio da investigação e desenvolvimento, JO L 335, de 18.12.2010.

²⁸⁰ Regulamento (UE) n.º 1218/2010 da Comissão, de 14.12.2010, relativo à aplicação do artigo 101.º, n.º 3, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia a certas categoriais de acordos de especialização, JO L 335, de 18.12.2010.

²⁸¹ Comunicação da Comissão, Orientações sobre a aplicação do artigo 101.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia aos acordos de cooperação horizontal, JO C 11, de 14.1.2011, adiante “Orientações relativas aos acordos horizontais”.

²⁸² Comunicação da Comissão relativa aos acordos de pequena importância que não restringem sensivelmente a concorrência nos termos do artigo 101.º, n.º 1 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (Comunicação *De Minimis*), JO C 291, de 20.8.2014.

²⁸³ Comissão Europeia, *Guidance on restrictions of competition ‘by object’ for the purpose of defining which agreements may benefit from the De Minimis Notice*, COM(2014) 4136 final, de 25.6.2014.

²⁸⁴ Comunicação da Comissão, Orientação sobre as prioridades da Comissão na aplicação do artigo 82.º do Tratado CE a comportamentos de exclusão abusivos por parte de empresas em posição dominante, JO C 45, de 24.2.2009.

A nível de questões processuais:

- Comunicação da Comissão, orientações para o cálculo das coimas aplicadas por força do Regulamento 1/2003²⁸⁵;
- Regulamento e regras interpretativas relativas aos procedimentos de transação nos processos de cartéis²⁸⁶;
- Comunicação (a terceira desde 1996) sobre a imunidade em processos de cartel²⁸⁷;

Assiste-se também a uma maior preocupação com a “privatização” do Direito da Concorrência, com a publicação da Diretiva relativa às ações de indemnização²⁸⁸, e de regras interpretativas relativas à quantificação dos danos nas ações de indemnização²⁸⁹.

Também a nível do controlo de concentrações verifica-se uma elevada atividade legiferante e interpretativa por parte da Comissão no âmbito da modernização substantiva e adjetiva do Direito europeu da concorrência, sendo disso exemplos:

²⁸⁵ Comunicação da Comissão, Orientações para o cálculo das coimas aplicadas por força do n.º 2, alínea a), do artigo 23.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003, JO C 210, de 1.9.2006, adiante “Orientações sobre o cálculo de coimas”.

²⁸⁶ Regulamento (CE) n.º 622/2008 da Comissão, de 30.6.2008, que altera o Regulamento (CE) n.º 773/2004, no que se refere à condução de procedimentos de transação nos processos de cartéis, JO L 171, de 1.7.2008, e Comunicação da Comissão relativa à condução de procedimentos de transação para efeitos da adoção de decisões nos termos do artigo 7.º e do artigo 23.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003 do Conselho nos processos de cartéis, JO C 167, de 2.7.2008.

²⁸⁷ Comunicação da Comissão relativa à imunidade em matéria de coimas e à redução do seu montante nos processos relativos a cartéis, JO C 298, de 8.12.2006.

²⁸⁸ Diretiva sobre ações de indemnização, de 5.12.2014.

²⁸⁹ Comunicação da Comissão sobre a quantificação dos danos nas ações de indemnização que tenham por fundamento as infrações aos artigos 101.º e 102.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, JO C 167, de 13.6.2013.

- O Regulamento de controlo de concentrações, de 2004²⁹⁰, e a “comunicação jurisdicional consolidada”, de 2008²⁹¹;
- As regras interpretativas relativas às concentrações de empresas²⁹²;
- As regras interpretativas em relativas às restrições de concorrência aceitáveis no âmbito do controlo de concentrações²⁹³;
- As regras interpretativas em matéria de “remédios” no âmbito do controlo de concentrações²⁹⁴.

A modernização do Direito europeu da concorrência assenta assim numa descentralização administrativa da aplicação das regras do Tratado, muito embora reservando à Comissão – e ao Tribunal – um papel central no desenvolvimento de um discurso e abordagem coerentes à aplicação das regras²⁹⁵.

²⁹⁰ Regulamento 139/2004. Sublinhe-se que este regulamento encontra-se atualmente em processo de revisão, na sequência da publicação da Comunicação da Comissão, *Rumo a um controlo mais eficaz das concentrações da UE*, COM(2014) 449 final, de 9.7.2014.

²⁹¹ Comunicação consolidada da Comissão em matéria de competência ao abrigo do Regulamento (CE) n.º 139/2004 do Conselho relativo ao controlo das concentrações de empresas, JO C 95, de 16.4.2008.

²⁹² Comunicação da Comissão, Orientações para a apreciação das concentrações horizontais nos termos do regulamento do Conselho relativo ao controlo das concentrações de empresas, JO C 31, de 5.2.2004, e Comunicação da Comissão, Orientações para a apreciação das concentrações não horizontais nos termos do Regulamento do Conselho relativo ao controlo das concentrações de empresas, JO C 265, de 18.10.2008.

²⁹³ Comunicação da Comissão relativa às restrições diretamente relacionadas e necessárias às concentrações, JO C 56, de 5.3.2005.

²⁹⁴ Comunicação da Comissão sobre as medidas de correção passíveis de serem aceites nos termos do Regulamento (CE) n.º 139/2004 do Conselho e do Regulamento (CE) n.º 802/2004 da Comissão, JO C 267, de 22.10.2008.

²⁹⁵ Ver (RILEY, 2003). No mesmo sentido, ver (GERBER, 2008, p. 1244): *“the process was both a decentralization of authority and an effort by the Commission to control the future development of competition law. The Commission controlled the process. It moved the proposals forward, managing the meetings and controlling the agenda. It framed the discussions as responses to its proposals. Not surprisingly, it was often pursuing what it understood to be its own interests in this process. This is not to say that the responsible officials viewed the Commission’s interests as separate from the public good or from its public responsibilities. The officials undoubtedly considered the two to be basically identical. They were pursuing what they considered the best course, but that course was also consistent with perceived interest of DG Comp.”*

O quadro legislativo que identificámos é disso exemplar, revelando uma clara necessidade da Comissão – identificada pela própria no início do processo de descentralização – de garantir um quadro interpretativo que auxiliasse as autoridades e os tribunais nacionais para o labor de aplicação das regras do Tratado para que, por via da descentralização, passariam a ser chamados com maior frequência, conformando e determinado o modo como essas regras seriam doravante aplicadas²⁹⁶; por outro lado, ao trocar o sistema de notificação prévia pelo regime da exceção legal, a Comissão modifica substancialmente as “regras do jogo”, uma vez que as empresas já não poderão contar com a segurança acrescida de uma autorização, devendo pelo contrário autoavaliar o cumprimento das regras; resultado da mudança significativa, neste caso, de um sistema de autorização *ex ante* para verificação do cumprimento *ex post*. Ora, a garantia do funcionamento deste sistema – em especial quando o cumprimento *ex post* é descentralizado – depende, por um lado, de uma abordagem coerente às regras, por outro, à adoção de um entendimento comum mínimo sobre os objetivos e modos de aplicação das regras.

É neste contexto, que estas mudanças institucionais tornam mais premente, que a sistematização do Direito europeu da concorrência em torno de uma “abordagem mais económica” ganha corpo, permitindo introduzir uma linguagem comum entre todos os atores chamados a aplicar as regras do Tratado; todavia, ao assentar essa linguagem comum numa análise económica assente nos efeitos das práticas, e no escrutínio do impacto real – e não apenas da análise formal das condutas –, há que sopesar o difícil equilíbrio entre os resultados efetivos obtidos na avaliação do caso concreto, com a diluição da segurança jurídica a que a inexistência de um quadro analítico claro e de categorias de comportamentos claramente definidos como sendo restritivos pode conduzir²⁹⁷.

²⁹⁶ Ver, uma vez mais, (GERBER, 2008, p. 1258): “*the more economic approach promised a means not only of unifying competition law analysis throughout an expanded Europe, but also of more easily identifying non-competition-oriented divergences among national competition regimes*”.

²⁹⁷ Ver, neste sentido, (GERADIN et al., 2012, p. 19).

Finalmente, haverá ainda que determinar até que ponto essa “abordagem mais económica” se transformou, efetivamente, na *língua franca* do Direito europeu da concorrência, em especial no que importa aos métodos e objetivos prosseguidos.

2. O PROGRAMA SUBSTANTIVO DA REFORMA: A ABORDAGEM MAIS ECONÓMICA AO DIREITO EUROPEU DA CONCORRÊNCIA

Como se referiu anteriormente, o processo de modernização substantiva do Direito europeu da concorrência pode ser identificado: (i) no estreitar dos objetivos prosseguidos pela política de concorrência; (ii) nos métodos de aplicação das regras do Tratado aplicáveis às empresas.

Desde logo, e como procurámos revelar no primeiro capítulo, os objetivos da política de concorrência advogada pela Comissão e validada pelo Tribunal de Justiça podem ser caracterizados pela sua evolução dinâmica e recetividade face aos demais fins e objetivos da integração. Os períodos formativos da política de concorrência são, por isso e até para reforço da sua própria legitimidade, caracterizados pelo recurso às regras de concorrência do Tratado enquadrado pelo processo de integração, como instrumento – entre outros – a empregar para atingir esse objetivo; outros fins e objetivos, incluindo de política social ou económica, foram sendo considerados, permitindo, por um lado, uma ampla margem de liberdade à Comissão no modo como ia aplicando o Tratado aos casos concretos, e de conformação dessa mesma política aos interesses da integração; mas, por outro lado, erodindo os fundamentos teóricos do Direito da Concorrência, à luz da conceção neoclássica que, pelo menos a partir da década de 1980, começa a ganhar preponderância doutrinária em ambas as margens do Atlântico²⁹⁸.

²⁹⁸ Ver, e.g., (GERBER, 2008, p. 1240 e ss.). Um dos elementos influentes neste processo que o autor destaca é o “TCL Group” (“Transatlantic competition law group” ou grupo transatlântico de Direito da Concorrência): *“this rather loose group includes competition lawyers heavily involved in EU competition law and mainly from large international law firms, top competition law officials from the United States and Europe, and occasionally a few academics. The group began to take*

Nestes termos, partindo da conceção anterior da política da concorrência como instrumento ao serviço da integração, o discurso legitimador da política de concorrência à luz da “abordagem mais económica” identifica os objetivos intrínsecos do Direito da Concorrência recortados pela abordagem neoclássica – as considerações de eficiência económica e o bem-estar do consumidor – como o paradigma da aplicação das regras do Tratado. O objetivo mediato continua a ser a integração – mas no sentido que lhe seria dado pela recondução do Direito europeu da concorrência à promoção da eficiência e do bem-estar: a de que os resultados de uma aplicação “mais económica” das regras irão maximizar os benefícios da integração dos mercados²⁹⁹.

Por outro lado, suscitam-se dúvidas quanto à coerência dessa abordagem, tanto nos diversos domínios de aplicação, como internamente, em cada um dos domínios de aplicação das regras de concorrência do Tratado. Essas dúvidas

shape and develop continuity from about the time that the two modernization processes started – i.e., in the mid-1990s. One factor in its formation was the increasing frequency and intensity of contacts among members of the group, including a dramatic increase in the number and perceived importance of international conferences on international competition law issues. Another was the rapidly growing importance of transnational cooperation in competition law enforcement. A small number of these competition law experts became ‘regulars’ at the most influential conferences... Meetings of this group have provided the main international forum for modernization and a source of impetus and support for that process.”

²⁹⁹ Ver, e.g., o discurso da Comissária Neelie Kroes, de 15.9.2005, “*European Competition Policy – Delivering Better Markets and Better Choices*”(KROES, 2005): “*Consumer welfare as a standard in anti-trust work. Consumer welfare is now well established as the standard the Commission applies when assessing mergers and infringements of the Treaty rules on cartels and monopolies. Our aim is simple: to protect competition in the market as a means of enhancing consumer welfare and ensuring an efficient allocation of resources. An effects-based approach, grounded in solid economics, ensures that citizens enjoy the benefits of a competitive, dynamic market economy. And of course our anti-cartel work is clearly focussed on preventing unfair profits being creamed off markets at additional and direct cost to consumers.*”. Ver, igualmente, (PAIS, 2011b), propondo que o conceito de bem-estar seja claramente definido (em sentido restrito) como o do bem-estar do consumidor final, incluindo para isso uma maior coordenação com o direito do consumo. Neste ponto, não subscrevemos integralmente as conclusões da autora, não apenas por, para nós, não ser claro que o critério de bem-estar proposto seja apenas (ou exclusivamente) o do consumidor, não admitindo, v.g., que se ponderem igualmente outras manifestações de eficiência que não beneficiem apenas ou principalmente o consumidor, mas também por não ser evidente que na análise das práticas, em particular das práticas restritivas pelo seu *objeto*, se deva ter em consideração os efeitos das práticas no consumidor.

sistemáticas, ou “paradoxos da modernização”³⁰⁰, resultam, no essencial, da insuficiência do processo de modernização na abordagem de determinadas manifestações de comportamento empresarial, com especial relevância para as restrições mais graves no âmbito de aplicação do artigo 101.º, devido ao recurso manifesto a categorias formais que parecem contradizer o espírito subjacente ao processo de modernização³⁰¹.

Na nossa perspetiva, a redefinição dos objetivos e métodos do Direito europeu da concorrência encontra ainda um difícil balanceamento de uma abordagem mais económica com uma análise de restrições mais graves ainda assente numa ideia de liberdade empresarial que apela continuamente à consideração formalista de determinadas práticas pela sua dimensão normativa, e não necessariamente económica, determinando a aplicação da proibição a comportamentos independentemente dos efeitos económicos, ou benefícios de eficiência, identificados; tanto resulta da dialética entre a Comissão e o Tribunal de Justiça, num equilíbrio nem sempre fácil – ou evidente – entre as considerações de eficiência e a prossecução dos objetivos do Tratado³⁰².

³⁰⁰ Ver, e.g., (GERARD, 2012, p. 11 e ss.).

³⁰¹ Neste sentido, ver (JONES, 2010a, 2010b).

³⁰² Note-se que a “abordagem mais económica” parece encontrar nos cartéis um reduto da abordagem formalista que caracteriza os períodos formativos do Direito europeu da concorrência. Com efeito, a análise económica dos cartéis tem incidido mais nas condições estruturais que facilitam ou dificultam a existência de cartéis e nos incentivos à colusão, e nas relações comportamentais entre os membros dos cartéis, mas menos nos aspetos relacionados com os impactos no bem-estar decorrentes de acordos entre concorrentes para fixação de preços, repartição de mercados ou limitação de quantidades (os exemplos clássicos de cartelização), decorrente de um consenso generalizado sobre a natureza objetivamente restritiva da concorrências desses acordos. Sem prejuízo do que será referido adiante, não devemos esquecer que no contexto da aplicação das regras do Tratado, os acordos objetivamente restritivos da concorrência (como, nesta caracterização, o são os acordos de cartel) não deixam de poder beneficiar da exceção do artigo 101.º, n.º 3, ao contrário do que sucede no Direito norte-americano, onde a presunção *per se* impede qualquer justificação (por muito remota que essa possibilidade possa ser em concreto). Este consenso relativo aos efeitos negativos dos acordos de cartel pode, todavia, ser posto em causa. Ver, e.g. (KAPLOW, 2011a, 2011b, 2013), muito embora sublinhando que a opinião maioritária dificilmente reconhece ganhos potenciais de eficiência num acordo de cartel. Para uma abordagem dirigida essencialmente às questões probatórias e processuais suscitadas no âmbito das investigações a acordos de cartel, ver, e.g. (HARDING & JOSHUA, 2010; HAY, 2006; MOURA E SILVA, 2007).

A modernização substantiva do Direito europeu da concorrência pode ser resumida como: *“a shift in the underlying rationality of EU Competition law from the static protection of the freedom to trade of competitors to the dynamic promotion of a competitive process conducive to efficiency gains and contributing as a result to the welfare of consumers”*³⁰³.

Esta mudança paradigmática encontra-se, desde logo, no modo como a própria Comissão apresenta os objetivos da política de concorrência, e no modo como os procura concretizar na aplicação prática das regras, procurando ir ao encontro das orientações do Tribunal de Justiça.

No final do capítulo anterior aludimos já à relevância da jurisprudência do Tribunal na caracterização das restrições de concorrência à luz do artigo 101.º e na receção dos métodos de análise económica; aqui, procuraremos demonstrar como a abordagem mais económica serve também de resposta aos elementos mais críticos dessa jurisprudência, que se manifestou tanto ao nível dos artigos 101.º e 102.º TFUE, como ao nível do controlo de concentrações³⁰⁴, no que respeita em especial aos objetivos prosseguidos pela aplicação das regras de concorrência do Tratado.

2.1. A abordagem mais económica ao artigo 101.º

No contexto histórico que acabámos de descrever, e ao longo dos períodos iniciais de consolidação do Direito europeu da concorrência, o Tribunal procurará concretizar o âmbito e limites da aplicação do artigo 101.º, tanto no que respeita aos acordos verticais, como aos acordos horizontais.

³⁰³ Ver (GERARD, 2012).

³⁰⁴ Neste capítulo faremos apenas uma introdução perfunctória às questões relacionadas com a modernização da aplicação do artigo 101.º a acordos entre empresas, deixando para a Parte II a análise mais detalhada do escopo da proibição do artigo 101.º, n.º 1 relativamente às restrições da concorrência pelo objeto.

Como veremos, esta concretização procura dar um sentido útil, e realista, à proibição do n.º 1, no sentido de determinar, por um lado, o que é uma restrição da concorrência para efeitos da aplicação das regras do Tratado e, por outro lado, para caracterizar os elementos de facto e de direito que podem ser tidos em consideração para a proibição de um acordo ou para a sua justificação.

Convirá ainda recordar que até à introdução do Regulamento 1/2003, o monopólio da Comissão na aplicação do artigo 101.º, n.º 3 determinou, na perspetiva crítica de muitos comentários³⁰⁵, o alargamento da proibição para além dos limites da razoabilidade, impondo por um lado a proibição de acordos não restritivos da concorrência e, por outro lado, uma excessiva dependência da interpretação algo flexível dos critérios de justificação no âmbito do procedimento de notificação.

As críticas a esta metodologia bipartida de aplicação levaram, numa primeira etapa, à defesa de uma regra de razoabilidade na aplicação da proibição, que trouxesse para a aplicação do n.º 1 do artigo 101.º uma ponderação global dos efeitos pró e anticoncorrenciais da prática e, numa segunda etapa, a uma efetiva flexibilização das fronteiras da proibição por parte do Tribunal, o qual, sempre afastando a aplicação da *rule of reason* no Direito europeu da concorrência promoveu, ainda assim, uma aplicação estruturada do artigo 101.º que passou, *em primeiro lugar*, por uma revisão conceptual do conceito de restrição de concorrência, para a qual se deve ter em conta o concreto contexto económico e jurídico em que se desenvolve a conduta sob análise (no caso das restrições por objeto) e, se não for evidente a natureza objetivamente restritiva da prática, a determinação dos efeitos negativos sobre a concorrência que dela decorrem, previamente à proibição da conduta; e, sempre, a possibilidade de recorrer ao balanceamento dos eventuais efeitos pró-

³⁰⁵ Ver, e.g., (JOLIET, 1967; KORAH, 1981; NAZZINI, 2006; SCHECHTER, 1982).

concorrenciais para determinar a eventual justificação³⁰⁶. Esta abordagem resultava, também, de um estrangulamento eminentemente prático resultante do sistema de implementação das regras do Tratado e o condicionamento que daí resultava em termos de liberdade negocial para as empresas, confrontadas com uma escolha: o enquadramento das suas relações negociais numa das categorias de acordos presumidos legítimos, nos termos de regulamentos de isenção por categoria, ou o moroso processo de obtenção de uma isenção individual, através da notificação do acordo à Comissão, sob pena de nulidade do acordo (à luz do artigo 101.º, n.º 2) e, ainda, de aplicação de sanções pecuniárias³⁰⁷.

Em segundo lugar, é igualmente emergente uma redefinição das fronteiras da proibição, na identificação dos objetivos do Direito da concorrência e na consideração da eficiência económica e do bem-estar do consumidor como objetivos últimos da aplicação das regras; nestes termos, não só se promove uma flexibilização ponderada da aplicação do artigo 101.º - pela limitação do seu âmbito - como se circunscreve a sua aplicação aos comportamentos que constituem, à luz de uma análise assente nos instrumentos fornecidos pela ciência económica, verdadeiras restrições da concorrência por prejudicarem a eficiência económica ou contribuírem para perdas de bem-estar; com efeito, o conceito de restrição da concorrência é um conceito normativo e operativo

³⁰⁶ Uma *rule of reason* “estruturada”, como refere (GERARD, 2012). Ver, ainda, no que respeita à aplicação do artigo 101.º, n.º 3 a qualquer tipo de prática proibida pelo n.º 1, e.g., o Acórdão de 15.7.1994, *Matra Hachette SA c. Comissão*, T-17/93, EU:T:1994:89, adiante “Acórdão do Tribunal Geral *Matra Hachette*”, n.º 85: “A este propósito, o Tribunal observa que tal raciocínio pressupõe que existam alterações de concorrência, que, por natureza, não sejam suscetíveis de ser isentas nos termos do artigo (101.º, n.º 3). Noutros termos, como sublinha com razão a Comissão, tal raciocínio pressupõe admitida a existência de infrações per se, não suscetíveis de ser isentas, o que o direito comunitário da concorrência, cuja aplicabilidade está subordinada à existência de uma prática que tenha um objeto anticoncorrencial ou produza tal efeito sobre um mercado determinado, de forma alguma consagra. Pelo contrário, o Tribunal considera que, em princípio, não pode existir prática anticoncorrencial que, seja qual for a intensidade dos seus efeitos sobre um mercado determinado, não possa ser isenta, desde que as condições previstas no n.º 3 do artigo (101.º) do Tratado estejam cumulativamente preenchidas”.

³⁰⁷ Ver, e.g., (WHISH & BAILEY, 2012, p. 116): “an obvious solution proposed by critics of this situation was that Article 101(1) should be applied to fewer agreements: only those agreements that posed a real threat to competition should be caught in the net of competition law; others should not be ensnared by the competition rules at all”.

fundamental para determinar a aplicação do artigo 101.º, mas é também um conceito *económico* – a determinação do seu conteúdo de acordo com critérios económicos, apenas ou principalmente, terá necessariamente consequências no modo de aplicação da norma; e terá corolários no modo como se determina o que é uma restrição da concorrência, o que é um objeto restritivo da concorrência e o que são efeitos restritivos da concorrência³⁰⁸.

2.1.1. A abordagem mais económica às restrições verticais

As primeiras manifestações de uma abordagem mais económica às regras do Tratado em matéria de concorrência encontram-se na jurisprudência do Tribunal de Justiça, tanto no âmbito de processos de reenvio prejudicial como de recurso de anulação de decisões da Comissão, com particular destaque para os acordos de natureza vertical – não apenas por se tratar de uma das primeiras prioridades da política de concorrência da emergente Comunidade, mas também por ser o domínio onde, por via das etapas iniciais de integração dos mercados nacionais, o desenvolvimento de acordos de distribuição de natureza vertical se dispunha a despertar os primeiros problemas de aplicação das regras de concorrência do Tratado³⁰⁹.

³⁰⁸ Com o Tribunal a assumir um especial papel no modo como controla e determina a atuação da Comissão. Recorde-se, e.g., o Acórdão do Tribunal Geral *European Night Services*, ou um exemplo mais recente, no Acórdão *Groupement des Cartes Bancaires*, onde identificamos uma avaliação bastante crítica do Tribunal sobre as fragilidades da metodologia empregue pela Comissão para determinar o que é uma restrição da concorrência, ou para a definição do que é o objeto restritivo da concorrência e a necessidade de este conceito não poder ser utilizado para abranger práticas que não sejam *evidentemente* restritivas da concorrência. Sem prejuízo de regressarmos a este ponto adiante, esta é uma das manifestações da jurisprudência do Tribunal em prol de uma abordagem mais económica às restrições de concorrência, nos termos do qual, fora de um núcleo relativamente restrito de práticas, que se afere pelo grau de nocividade em relação à concorrência, se deve demonstrar o efeito restritivo de um comportamento previamente à sujeição do mesmo à aplicação do artigo 101.º, n.º 1.

³⁰⁹ Para uma introdução à análise económica das relações de integração vertical ver, e.g., (COASE, 1937; HILDEBRAND, 2009, p. 257 e ss.; HOVENKAMP, 2008). A literatura sobre a política de concorrência europeia em matéria de restrições verticais é vasta. Para uma visão histórica – e crítica – com a vantagem de apresentar uma perspetiva transatlântica, ver o já citado (HAWK, 1995). Ver, igualmente, (GERADIN et al., 2012, p. 463 e ss.; GURIN & PEEPERKORN, 2014, p. 1363 e ss.; JONES & SUFRIN, 2011, p. 629 e ss.; WHISH & BAILEY, 2012, p. 617 e ss.).

Uma vez mais, a abordagem “mais económica” ou modernizada à proibição do artigo 101.^o foi influenciada, em primeiro lugar, pelo modo como Tribunal interpretou a proibição, flexibilizando o seu escopo e âmbito de aplicação, e depois, de seguida, pelo modo como a Comissão adaptou a sua própria abordagem a este tipo de acordos.

Neste contexto, convirá recordar que a abordagem da Comissão à aplicação do artigo 101.^o assenta numa clara bifurcação entre a verificação dos requisitos da proibição, por um lado, e da exceção (ou justificação), por outro. Neste sentido, cabe apreciar, no âmbito de aplicação do n.^o 1, se determinado acordo ou prática é qualificável como uma restrição da concorrência, deixando a avaliação dos seus efeitos potencialmente pro-concorrenciais para o n.^o 3. Esta avaliação bipartida, todavia, ao assentar na apreciação formal do conteúdo dos acordos – e, mais genericamente, na identificação de uma restrição à liberdade de uma das partes dos mesmos³¹⁰ - apresentava como principal consequência o facto de muitos acordos sem qualquer substrato restritivo da concorrência poderem ser considerados proibidos à luz do n.^o 1³¹¹.

Com esta circunstância, é uma vez mais na jurisprudência do Tribunal de Justiça que começamos a identificar os primeiros elementos de uma abordagem mais flexível ao substrato da proibição.

Já aqui aludimos aos Acórdãos *Consten* e *Société Technique Minière*, ambos de 1966. No segundo destes julgamentos, num processo de reenvio relativo à compatibilidade com as regras do artigo 101.^o de um acordo vertical contendo uma cláusula que atribui um direito exclusivo de venda, o Tribunal deixou claros alguns dos métodos de análise que passariam a ser parte integrante do Direito europeu da concorrência, em especial no que respeita à análise dos acordos de

³¹⁰ Assente ainda na noção ordoliberal de “liberdade de concorrência”. Recordemos, uma vez mais, a jurisprudência do Acórdão *Consten*. Ver, ainda, (DREXL, 2009; G. MONTI, 2002).

³¹¹ Ver Livro Branco de 1999, n.^o 40.

distribuição exclusiva³¹², mas também na necessidade de caracterização da natureza “apreciável” da prática para efeitos do seu enquadramento no escopo da proibição³¹³:

“As alterações da concorrência referidas no (artigo 101.º, n.º 1), devem resultar do próprio acordo ou de algumas das suas cláusulas. Porém, se a análise das cláusulas não revelar um grau suficiente de nocividade em relação à concorrência, há que examinar então os efeitos do acordo e, para que o mesmo possa ser objeto de proibição, exigir a reunião dos fatores que determinam que a concorrência foi de facto impedida, restringida ou falseada de forma apreciável. A concorrência deve, neste caso, ser apreciada no quadro real em que se produziria se não existisse o acordo controvertido... Assim, para apreciar se um contrato que contém uma cláusula que ‘atribui um direito exclusivo de venda’ se deve considerar proibido por causa do seu objetivo ou do seu efeito, há que tomar em consideração, designadamente, a natureza e a quantidade limitada ou não dos produtos que são objeto do acordo, a posição e a importância do concedente e do concessionário no mercado dos produtos em causa, o carácter isolado do acordo controvertido ou, ao invés, a sua posição num conjunto de acordos, o rigor das cláusulas destinadas a proteger o exclusivo ou, pelo contrário, as possibilidades deixadas a outros circuitos comerciais relativamente aos mesmos produtos através de reexportações e de importações paralelas”³¹⁴.

Note-se como nestes parágrafos o Tribunal determina, para além da letra do Tratado, a necessidade de se: (i) verificar a natureza “apreciável” da restrição da concorrência para efeitos de aplicação do artigo 101.º; (ii) proceder a uma avaliação contrafactual, ou hipotética, da concorrência no “*quadro real em que se produziria se não existisse o acordo controvertido*”; (iii) determinar a posição das partes no mercado do produto em causa; (iv) ponderar o contexto jurídico, e

³¹² Cf. (EZRACHI, 2010, pp. 72-73)

³¹³ Cf. (FAULL et al., 2014, p. 235 e ss.).

³¹⁴ Cf. Acórdão *Société Technique Minière*, p. 387-388.

económico, em que se desenvolve o acordo em causa. Mas, sem centrar a análise da proibição na ponderação dos efeitos eventualmente pró-concorrenciais do acordo³¹⁵.

Assim, no Acórdão *Société Technique Minière*, o Tribunal determina que os acordos não só têm de ser avaliados concretamente no contexto económico e jurídico em que se desenvolviam, como apenas podem ser considerados proibidos aqueles comportamentos que revelem um grau *apreciável* de restrição da concorrência.

Esta leitura mais ponderada da proibição tem duas consequências perceptíveis: a primeira, no modo de análise da proibição, ao determinar que se tenha em conta uma análise de cariz económico do contexto do acordo –

³¹⁵ Uma vez que a jurisprudência do Tribunal de Justiça sempre foi clara no afastamento expresso da aplicação de uma regra de ponderação (“*rule of reason*”) na apreciação do artigo 101.º. Ver, e.g., o Acórdão do Tribunal Geral *European Night Services*, já citado, ou o Acórdão de 18.9.2001, *Métropole Télévision (M6) e o. c. Comissão*, T-112/99, EU:T:2001:215, adiante “Acórdão do Tribunal Geral M6”, n.º 74-77: “com efeito, o artigo (101.º) do Tratado prevê explicitamente, no seu n.º 3, a possibilidade de isentar acordos restritivos da concorrência quando estes satisfaçam um certo número de condições, nomeadamente quando sejam indispensáveis à realização de certos objetivos e não deem à empresa a possibilidade de eliminarem a concorrência em relação a uma parte substancial dos produtos em causa. É apenas no âmbito preciso desta disposição que uma ponderação dos aspetos pró-concorrenciais e anticoncorrenciais de uma restrição pode ter lugar... O artigo (101.º) n.º 3, do Tratado, perderia em grande parte o seu efeito útil se um tal exame deve já ter sido efetuado no âmbito do artigo (101.º), n.º 1, do Tratado. É certo que, num certo número de acórdãos, o Tribunal de Justiça e o Tribunal de Primeira Instância se exprimiram a favor de uma leitura mais flexível da proibição fixada no artigo (101.º), n.º 1, do Tratado... Todavia, estes acórdãos não podem ser interpretados como consagrando a existência de uma ‘rule of reason’ em direito comunitário da concorrência. Inscrevem-se antes numa corrente jurisprudencial mais ampla, segundo a qual não há que considerar, de modo completamente abstrato e indistinto, que todo e qualquer acordo que restrinja a liberdade de ação das partes ou de uma delas cai necessariamente no âmbito da proibição... Com efeito, é necessário, para efeitos de análise de aplicabilidade desta disposição a um acordo, ter em conta o quadro concreto em que produz os seus efeitos, nomeadamente o contexto económico e jurídico em que operam as empresas em causa, a natureza dos produtos e/ou serviços visados por esse acordo e as condições reais do funcionamento e da estrutura do mercado... Com efeito, esta interpretação permite, sem deixar de respeitar a estrutura normativa do artigo (101.º) do Tratado e, em especial, o efeito útil do seu n.º 3, evitar que a proibição prevista no n.º 1 desta disposição se estenda, de maneira completamente abstrata e indistinta, a todos os acordos que tenham por fim restringir a liberdade de ação das partes ou de uma delas. Há, portanto, que sublinhar que uma tal abordagem não implica, todavia, uma ponderação dos efeitos pró-concorrenciais e anticoncorrenciais de um acordo, para efeitos de determinar a aplicabilidade da proibição”.

incluindo nela os produtos ou serviços em causa, a posição das partes no mercado relevante e outros elementos relevantes para compreender o *rationale* do acordo no exato contexto em que se desenvolve; a segunda, na relação entre a proibição e a exceção: se uma avaliação mais flexível da proibição não tem por consequência a redução do escopo de aplicação da exceção. Igual balanceamento surge no Acórdão *Pronuptia*³¹⁶, e no Acórdão *Delimitis*, apenas para citar alguns exemplos.

Se atendermos à abordagem formalista normalmente adotada pela Comissão na avaliação de restrições verticais, esta determinação pelo Tribunal de Justiça não poderia deixar de ter consequências relevantes, tanto na resolução dos casos concretos, como na definição da política de concorrência comunitária.

Com efeito, e como se referiu anteriormente, as etapas iniciais de aplicação das regras do Tratado aos acordos verticais assentavam essencialmente em restrições à concorrência intra-marca (e.g., Acórdão *Consten*), proibindo e anulando cláusulas contratuais através de uma abordagem formalista à sua estatuição, independentemente dos efeitos concorrenciais gerados, que eram, no essencial, ignorados³¹⁷.

Noutros casos, o Tribunal sinalizou e aprofundou a necessidade de se considerarem os acordos no contexto concorrencial em que se desenvolvem para

³¹⁶ Acórdão de 28.1.1986, *Pronuptia de Paris GmbH c. Pronuptia de Paris Irmgard Schillgallis*, 161/84, EU:C:1986:41, adiante “Acórdão *Pronuptia*”.

³¹⁷ Não obstante a identificação de efeitos pró-concorrenciais que anulam, quando não ultrapassam, os efeitos restritivos gerados. Ver, e.g., (TIROLE, 1988). Com efeito, o enfoque da política de concorrência consistia na anulação de acordos que, por demarcarem territórios de atuação dos distribuidores de determinada marca, efetivamente mantinham fronteiras artificiais entre esses territórios, anulando o objetivo de integração dos mercados. Como refere (HAWK, 1995, p. 973): “vertical restraints are more strictly treated under EC Competition Law than is the case in most other jurisdictions. This strictness is a product of extreme hostility toward restrictions that threaten to interfere with trade between Member States. The strictness also results from a concern with restraints on so-called ‘economic freedom’ where the restraints frequently have no harmful effect on consumer welfare and may even promote consumer welfare through enhancing economic efficiency”.

efeitos de apuramento da sua natureza, e dos seus hipotéticos efeitos restritivos da concorrência³¹⁸.

Assim, no Acórdão *Pronuptia*, o Tribunal concluiu que um acordo de distribuição de franquia não é, pela sua natureza, uma restrição da concorrência para efeitos de aplicação do artigo 101.º, sendo que “*a compatibilidade dos contratos de licenciamento de distribuição com o (artigo 101.º, n.º 1) depende das cláusulas que integram esses contratos e do contexto económico em que estes se inserem*”³¹⁹, enquanto no Acórdão *Delimitis* vincaria a necessidade de se analisar, na determinação dos efeitos restritivos de um acordo, a delimitação do mercado em questão (n.º. 16), o contexto económico e jurídico em que se desenvolve o acordo (n.º. 20 e ss.), as “*condições em que se desenrola o jogo da concorrência no mercado de referência. Trata-se, a este respeito, de conhecer não apenas o número e a dimensão dos produtores presentes no mercado, mas igualmente o grau de saturação desse mercado e a fidelidade dos consumidores às marcas existentes*” (n.º 22) e, finalmente, determinar que “*o contrato em litígio contribua de modo significativo para o efeito de bloqueio produzido pelo conjunto desses contratos no contexto jurídico e económico destes. A importância da contribuição do contrato individual depende da posição das partes contratantes no mercado em causa e da duração do contrato*”³²⁰.

Estes elementos jurisprudenciais evidenciavam já a necessidade de se proceder a uma alteração clara na abordagem formalista até então adotada pela Comissão na aplicação do Tratado aos acordos verticais – recordemos, a prioridade inicial da política de concorrência comunitária – o que se tornou inescapável para a própria Comissão³²¹.

³¹⁸ Ver, e.g. (GERARD, 2012, p. 4 e ss.).

³¹⁹ Acórdão *Pronuptia*, n.º 27.

³²⁰ Seguindo de perto o Acórdão *Delimitis*, já citado.

³²¹ Ver, e.g., (DEACON, 1996; LIFLAND, DEACON, GONZÁLEZ-DÍAZ, MARTINEZ LAGE, & SATZKY, 1996).

A Comissão reconhecerá o impacto das posições do Tribunal – simultaneamente com as pressões que se faziam já sentir no sentido de modernização da aplicação das regras de concorrência de modo a refletir a evolução do pensamento económico – com a publicação do Livro Verde sobre as restrições verticais de 1997, onde se concluía que *“as cláusulas específicas de um acordo ou os diferentes tipos de restrições verticais não podem ser considerados per se como favoráveis ou desfavoráveis à concorrência ou integração... a análise deve centrar-se no impacto sobre o mercado e não sobre a forma revestida pelo acordo”*³²², e mais tarde, com a publicação do Regulamento 2790/1999 e as Orientações sobre restrições verticais de 2000, a abordagem económica é claramente afirmada³²³.

Com efeito, tanto nas Orientações sobre restrições verticais de 2000, como nas Orientações sobre acordos de cooperação horizontal de 2001 e, mais tarde, nas Orientações sobre a aplicação do artigo 101.º, n.º 3, de 2004, a Comissão procura apresentar uma visão coerente sobre o padrão de interpretação e de aplicação das regras de concorrência do Tratado, tanto a nível de objetivos (o bem-estar do consumidor), como de método (a abordagem mais económica).

Assim, nas Orientações sobre restrições verticais de 2000, a Comissão afirma que *“a proteção da concorrência constitui o principal objetivo da política*

³²² Cf. Livro Verde sobre as restrições verticais, n.º 12.

³²³ Constituindo, para (GERARD, 2012, p. 8), *“the clearest policy embodiment to date of the reception of the new neoclassical consensus in EU competition law enforcement”*. Ver, igualmente, para uma análise crítica das insuficiências, ou “timidez”, da abordagem da Comissão, (BISHOP & RIDYARD, 2002). A partir de 2009 a política de concorrência em matéria de restrições verticais foi revista com a introdução de um novo regulamento de isenção por categoria para as restrições verticais (o Regulamento 330/2010) e novas regras interpretativas (as Orientações sobre restrições verticais de 2010). Comparadas com o Regulamento de Isenção por Categoria de 1999 (e as Orientações de 2000), esta revisão não representou uma mudança significativa de paradigma, procurando essencialmente acomodar algumas das modificações entretanto verificadas no mercado europeu, designadamente o aumento do poder das cadeias de distribuição retalhista e o comércio *online*.

comunitária da concorrência, uma vez que melhora o bem-estar dos consumidores e dá origem a uma afetação eficaz dos recursos. Ao aplicar as regras comunitárias da concorrência, a Comissão adotará uma abordagem económica baseada nos efeitos sobre o mercado; os acordos verticais devem ser analisados no seu contexto jurídico e económico” (n.º 7).

Mais interessante ainda – se recordarmos o que dissemos supra a propósito do papel da integração dos mercados no período formativo do Direito europeu da concorrência e na jurisprudência do Tribunal de Justiça no Acórdão *Consten*³²⁴ – a Comissão conclui que *“a integração dos mercados constitui um objetivo adicional da política de concorrência comunitária e aumenta a concorrência na Comunidade”*.

Trata-se, pois, de uma afirmação clara de princípio nos termos da qual a integração dos mercados já não é o objetivo principal da política de concorrência, mas sim um objetivo adicional, que se prossegue ao contribuir igualmente para o aumento da concorrência no mercado interno.

O novo enquadramento jurídico para as restrições verticais assentou assim numa análise eminentemente económica: a de que apenas é possível (na generalidade dos casos) restringir a concorrência quando as partes do acordo têm poder de mercado; o modo como o poder de mercado é abordado – pela identificação das principais preocupações com a definição de um limiar de quota abaixo da qual se presumiam preenchidos os critérios da exceção do artigo 101.º, n.º 3 e a especial ênfase com o quota de mercado do fornecedor – revela igualmente a mudança de orientação das preocupações da Comissão, da concorrência intra-marca para a concorrência inter-marca³²⁵, e assim, uma maior preocupação com a garantia de acesso do consumidor a uma maior

³²⁴ Onde o Tribunal de Justiça afirmava, *inter alia*, que “para efeitos da aplicação do artigo (101.º, n.º 1), a tomada em consideração dos efeitos concretos de um acordo é supérflua, desde que seja evidente que tem por objeto restringir, impedir ou falsear a concorrência.” Cf. Acórdão *Consten*, p. 434.

³²⁵ Cf. (GERADIN et al., 2012, p. 464 e ss.).

amplitude de escolha, com as considerações de maior eficiência decorrentes da avaliação dos modernos sistemas de distribuição e uma menor preocupação com o anterior objetivo da “liberdade de concorrência” ordoliberal.

Todavia, as considerações de eficiência económica que presidiram à revisão da política de concorrência europeia em matéria de restrições verticais não se traduziram na aceitação *ipso iure* de todas as restrições verticais como *presumivelmente* compatíveis com o artigo 101.º, mantendo, pelo contrário, um domínio de restrições identificadas como sendo *presumivelmente incompatíveis* com as regras do Tratado e, por consistirem em restrições por *objeto*, dificilmente suscetíveis de preencherem os requisitos do n.º 3 do artigo 101.º³²⁶. Trata-se, com efeito, das cláusulas restritivas definidas no artigo 4.º do Regulamento 330/2010 (“restrições graves” ou “*hardcore*”), cuja previsão determina que o acordo seja considerado como incompatível com o artigo 101.º, não podendo beneficiar da isenção do Regulamento, independentemente da posição no mercado das partes no acordo³²⁷.

Por outro lado, a jurisprudência do Tribunal de Justiça revela que a integração dos mercados continua a ser um objetivo que deve ser prosseguido

³²⁶ Na apreciação de (GERADIN et al., 2012, p. 477), “*such restrictions are thus subject to a quasi per se prohibition*”. Ver, ainda, as Orientações relativas às restrições verticais de 2010, n.º 47.

³²⁷ Trata-se da restrição à liberdade de o comprador estabelecer o seu preço de venda (“*resale price maintenance*”), restrições territoriais de revenda, restrições às vendas ativas e passivas em redes de distribuição seletiva, restrição dos fornecimentos cruzados entre distribuidores no âmbito de um sistema de distribuição seletiva, e restrições à capacidade de um fornecedor vender componentes a utilizadores finais, reparadores ou prestadores de serviços independentes. Note-se como, neste domínio, o Direito europeu da concorrência manteve a qualificação como restrição grave dos acordos de *resale price maintenance*, não obstante em 2007 o Supremo Tribunal dos Estados Unidos ter revertido a proibição *per se* deste tipo de cláusulas no Direito norte-americano da concorrência, sujeitando-as outrossim a uma análise de razoabilidade que obriga à ponderação dos seus efeitos pró e anticoncorrenciais previamente à identificação de uma restrição da concorrência, em *Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc.* 127 S Ct2705 (2007). Embora as Orientações relativas às restrições verticais de 2010 prevejam algumas justificações de eficiência para o *resale price maintenance*, o facto de esta restrição (qualificada como grave) se manter na esfera das restrições por objeto, determina a inversão do ónus da prova da justificação da prática para as empresas, a nível do artigo 101.º, n.º 3 (e não o afastamento da sua qualificação como uma restrição proibida, a nível do artigo 101.º, n.º 1).

pela política de concorrência³²⁸, e que as considerações de eficiência são ainda necessariamente secundarizadas quando se identificam restrições de índole territorial, especialmente no que respeita a cláusulas de proteção territorial absoluta e de proibição de exportação³²⁹, como resulta da jurisprudência do Tribunal nos Acórdãos *GlaxoSmithKline*, *Premier League* e *Pierre Fabre*.

No Acórdão *GlaxoSmithKline*³³⁰, o Tribunal de Justiça teve a oportunidade a ancorar a interpretação do artigo 101.º, n.º 1 nos impactos da conduta sobre o bem-estar do consumidor, estreitando assim o âmbito de aplicação da norma através de uma clara abordagem “económica” ao conceito de restrição da concorrência³³¹.

Com efeito, este acórdão surge no âmbito do recurso de uma decisão do Tribunal Geral³³², na qual, tendo-se verificado um acordo que procurava instaurar um sistema de preços diferenciado destinado a limitar o comércio paralelo de medicamentos, o Tribunal Geral concluiu que o objetivo de limitação do comércio subjacente não bastaria para presumir, por si só, que o acordo em

³²⁸ Para uma contraposição entre uma análise de eficiência que justifica a repartição de mercados decorrente de um acordo de distribuição (atendendo aos benefícios daí decorrentes), e o objetivo da integração de mercados (enquanto objetivo de política económica não necessariamente compatível com considerações de eficiência), ver (G. MONTI, 2002).

³²⁹ Ver, igualmente, as Orientações relativas às restrições verticais de 2010: “o artigo 101.º tem por objetivo garantir que as empresas não recorrem a acordos – neste contexto, a acordos verticais – para restringir a concorrência no mercado, detrimento dos consumidores. A apreciação das restrições verticais é igualmente importante no contexto do objetivo mais amplo da realização de um mercado interno integrado. A integração do mercado reforça a concorrência na União Europeia. Não se deve permitir que as empresas criem obstáculos de natureza privada entre Estados-Membros, quando já foi possível eliminar com êxito os obstáculos estatais” (n.º 7).

³³⁰ Ver Acórdão *GlaxoSmithKline Services*, já citado.

³³¹ Neste ponto, seguimos de perto os nossos comentários a esta jurisprudência em (FERREIRA, 2010). Ver, igualmente, (JONES, 2010a, p. 805 e ss.; MORAIS, 2009a, p. 32 e ss.).

³³² Acórdão de 27.9.2006, *GlaxoSmithKline Services c. Comissão*, T-168/01, EU:T:2006:265, adiante “Acórdão do Tribunal Geral *GlaxoSmithKline*”.

causa tinha um objetivo restritivo da concorrência³³³, devendo ainda considerar-se, para tal efeito, a identificação de um prejuízo para o consumidor final³³⁴.

Esta abordagem foi completamente afastada pelo Tribunal de Justiça, o qual, assentando boa parte das suas conclusões no Acórdão *T-Mobile*, proferido meses antes, refuta a abordagem do Tribunal Geral no que respeita ao recurso ao impacto sobre o consumidor para preenchimento do conceito de restrição de concorrência³³⁵:

³³³ Como refere o Tribunal Geral (Acórdão do Tribunal Geral *GlaxoSmithKline*, n.º 117): “a GSK sustenta com acerto que, tendo em conta o contexto jurídico e económico, a Comissão não podia basear-se apenas na circunstância de o artigo 4.º das condições gerais de venda instituir um sistema de preços diferenciados com o objetivo de limitar o comércio paralelo e concluir daí que essa cláusula tinha por objetivo restringir a concorrência”, e (n.º 138) “a Comissão não pode limitar-se, como fez nos considerados 118 e 119 da Decisão, a estabelecer paralelos com os acordos que teve a ocasião de analisar na sua prática decisional anterior, considerando o artigo 4.º das condições gerais de venda parecido com esses acordos ou a eles assimilável”.

³³⁴ Acórdão do Tribunal Geral *GlaxoSmithKline*, n.º 118-119: “o objetivo conferido ao artigo (101.º, n.º 1) que constitui uma disposição fundamental indispensável ao cumprimento das missões confiadas à Comunidade e, em particular, ao funcionamento do mercado interno... é o de evitar que as empresas, ao restringirem a concorrência entre elas ou com terceiros, reduzam o bem-estar dos consumidores dos produtos em causa... Por consequência, a aplicação do artigo (101.º, n.º 1) ao caso concreto não pode depender unicamente do facto de o acordo em causa visar limitar o comércio paralelo de medicamentos ou compartimentar o mercado comum, elementos que permitem concluir que ele afeta as trocas entre Estados-Membros, mas exige ainda uma análise destinada a determinar se o mesmo acordo tem por objeto ou por efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado em causa em detrimento do consumidor final”.

³³⁵ Com o apoio das Advogadas-Gerais Verica Trstenjak (Advogada-Geral no processo *GlaxoSmithKline*) e Juliane Kokott (Advogada-Geral no processo *T-Mobile*). Assim, nas Conclusões da Advogada-Geral Trstenjak de 30.6.2009, no processo *GlaxoSmithKline* (EU:C:2009:409) em esp. n.º 102 e ss., é apresentada uma abordagem estruturada ao artigo 101.º que afasta do escopo da proibição no n.º 1 a análise do impacto da prática no bem-estar do consumidor final e a remete para a análise dos pressupostos da concessão de uma isenção, ao abrigo do n.º 3: “na redação do artigo, não se encontra qualquer apoio para a tese segundo a qual, para além da existência de uma restrição da concorrência, se deve analisar se o acordo tem por objetivo ou por efeito uma desvantagem para os consumidores finais” (n.º 104), e “de acordo com a abordagem global feita ao artigo (101.º) o facto de se reservar aos consumidores uma parte do lucro resultante do acordo constitui, portanto, uma condição que deve ser tida em conta ao abrigo do artigo (101.º, n.º 3). Além disso, deste artigo resulta que mesmo os acordos que reservam uma parte equitativa do lucro aos consumidores apenas estão isentos quando as restantes condições previstas nesse artigo estejam igualmente preenchidas, neste contexto, não me parece que seja compatível com a estrutura normativa do artigo (101.º) que a existência do objetivo de restrição da concorrência esteja condicionada à demonstração do prejuízo decorrente para os consumidores. Isto não significa que os efeitos resultantes de um acordo para os consumidores finais não possam ser, de modo algum, tidos em consideração no âmbito do artigo (101.º, n.º 1). Porém, deve tratar-se de

“No que respeita à afirmação do Tribunal de Primeira Instância segundo a qual se é seguro que um acordo que visa limitar o comércio paralelo deve em princípio considerar-se como acordo que tem como objetivo restringir a concorrência, é na medida em que se pode presumir que o mesmo priva os consumidores finais das vantagens de uma concorrência eficaz em termos de aprovisionamento ou de preços, deve observar-se que nem a redação do artigo (101.º, n.º1) nem a jurisprudência permitem corroborar essa afirmação. Por um lado, não resulta de modo nenhum desta disposição que só os acordos que privam os consumidores de certas vantagens podem ter um objetivo anticoncorrencial. Por outro lado, importa sublinhar que o Tribunal de Justiça já decidiu que o artigo (101.º) visa, a exemplo de outras regras de concorrência enunciadas no Tratado, proteger não apenas os interesses dos concorrentes ou dos consumidores, mas a estrutura do mercado e, deste modo, a concorrência em si mesma. Por isso, a declaração da existência de objetivo anticoncorrencial de um acordo não pode ficar subordinada a que os consumidores finais fiquem privados das vantagens de

aspectos que ponham em causa a própria existência de uma restrição da concorrência. Neste contexto, há que salientar que as vantagens de que os consumidores finais podem beneficiar pelo facto de, através da restrição do comércio paralelo, a GSK dispor de recursos financeiros mais elevados e de, eventualmente, os utilizar para a investigação e o desenvolvimento de novos medicamentos, não são suscetíveis de pôr em causa uma restrição da concorrência, na aceção do artigo (101.º, n.º 1). Pelo contrário, essas vantagens, ainda que possam aumentar a concorrência entre produtores de medicamentos, não devem ser tidas em conta no âmbito do n.º 1 do artigo (101.º), mas sim no âmbito do seu n.º 3” (n.º 106-107). Nas Conclusões da Advogada-Geral Kokott de 19.2.2009, no processo T-Mobile (EU:C:2009:110), a Advogada-Geral aproveitará, a ensejo também de uma abordagem estruturada ao conceito de objeto restritivo da concorrência, para dirigir uma crítica contundente à posição vertida no Acórdão do Tribunal Geral GlaxoSmithKline: “é indiscutível que no n.º 147 deste acórdão, redigido de forma extremamente equívoca, se pode ler que o carácter anticoncorrencial de um acordo não pode ser exclusivamente deduzido da mera leitura dos seus termos, tendo de ser considerados ‘necessariamente’ também os seus efeitos. Na minha opinião, com isso pretende-se apenas dizer que o objetivo de um acordo (ou de uma prática concertada) não deve ser apreciado abstrata, mas concretamente – i.e., tendo em conta o seu contexto jurídico e económico – sendo relevantes, nessa apreciação, as especificidades do mercado respetivo... se, pelo contrário, o n.º 147 do acórdão GlaxoSmithKline Services/Comissão for interpretado no sentido de que, para se constatar um objetivo anticoncorrencial, em qualquer caso, têm ‘necessariamente’ de se verificar efeitos concretos na concorrência, então o Tribunal de Primeira Instância incorreu num erro de direito” (n.º 48).

uma concorrência eficaz em termos de aprovisionamento ou de preços (v., por analogia, acórdão T-Mobile Netherlands e o., já referido, n.ºs 38 e 39).”³³⁶.

Sem prejuízo do que adiante discutiremos a propósito desta jurisprudência, no que respeita: (i) à noção de “restrição de concorrência” que daqui resulta; (ii) à abordagem da defesa da concorrência como um fim em si mesmo; e, (iii) à articulação entre a proibição e a exceção no quadro de uma aplicação sistemática e coerente do artigo 101.º, sempre se dirá que o Tribunal sublinha neste aresto a importância da consideração dos argumentos de eficiência para efeitos de justificação de uma restrição, ainda que seja uma restrição grave, ao abrigo do artigo 101.º, n.º 3, e concorda com o Tribunal Geral no que respeita à necessidade de a Comissão não poder afastar, sem uma análise detalhada, os argumentos de eficiência apresentados pelas empresas neste contexto³³⁷.

³³⁶ Acórdão *GlaxoSmithKline*, n.º 62-63. Compare-se esta abordagem com a que foi adotada pelo Tribunal de Justiça no Acórdão de 6.1.2004, *BAI e Comissão c. Bayer AG*, C-02/01 P e C-03/01 P, EU:C:2004:2), onde o Tribunal admite uma restrição unilateral do comércio entre Estados, quando adotada por uma empresa não-dominante, e desde que a mesma não tenha por base um acordo entre empresas.

³³⁷ Ver, e.g., n.º 233-307 do Acórdão do Tribunal Geral *GlaxoSmithKline*, neste ponto confirmado pelo Tribunal de Justiça na sua apreciação do recurso pela Comissão. Nestes termos, uma restrição da concorrência, ainda que grave, não está sujeita a uma proibição *per se*. A Comissão respondeu a esta posição nas Orientações relativas a restrições verticais de 2010: “quando uma destas restrições graves é incluída num acordo, presume-se que o acordo é abrangido pelo artigo 101.º, n.º 1. Presume-se igualmente que é improvável que o acordo preencha as condições estabelecidas no artigo 101.º, n.º 3, não sendo assim aplicável a isenção por categoria. Contudo, as empresas podem num processo individual, demonstrar os efeitos pró-concorrenciais nos termos do artigo 101.º, n.º 3. Caso as empresas demonstrem que a inclusão da restrição grave no acordo irá provavelmente proporcionar ganhos de eficiência e que, em termos gerais, todas as condições previstas no artigo 101.º, n.º 3 se encontram preenchidas, a Comissão será solicitada a apreciar efetivamente o impacto negativo provável na concorrência antes de determinar, em última análise, se as condições estabelecidas no artigo 101.º, n.º 3, se encontram preenchidas” (n.º 47). Todavia, esta posição deve ser temperada, à luz da abordagem assumida na revisão, em 2014, da Comunicação *De Minimis*, que, na sequência do Acórdão *Expedia*, qualifica as restrições por objeto como *restrições graves*, o que, quando lido em conjugação com as Orientações da Comissão relativas à aplicação do artigo 101.º, n.º 3, não parece deixar grande margem para o recurso à isenção individual, uma vez que esta parece, nestes casos, “improvável” (cf., neste sentido, o n.º 46 das Orientações relativas à aplicação do artigo 101.º, n.º 3).

No acórdão *Premier League*³³⁸, o Tribunal chama à colação – em termos que nada ficam a dever à jurisprudência do Tribunal da década de 1960 – o objetivo de realização da integração dos mercados para determinar a proibição de um acordo que visava limitar determinados serviços de radiodifusão: *“no que se refere às limitações territoriais de exercício desse direito, há que recordar que, segundo jurisprudência do Tribunal de Justiça, um acordo que pretende reconstituir a compartimentação dos mercados nacionais no comércio entre os Estados-Membros pode contrariar o objetivo do Tratado de realizar a integração dos mercados nacionais através do estabelecimento de um mercado único. Assim, os acordos destinados a compartimentar os mercados nacionais segundo as fronteiras nacionais ou a tornar mais difícil a interpenetração dos mercados nacionais devem ser considerados, em princípio, como acordos que têm por objeto restringir a concorrência, na aceção do n.º 1 do artigo 101.º TFUE”* (n.º 139).

E que, *“a menos que outras circunstâncias do seu contexto económico e jurídico permitam concluir que esse contrato não é suscetível de afetar a concorrência”*, há que concluir que *“quando um contrato de licença visa proibir ou limitar a prestação transfronteiriça de serviços de radiodifusão, se tem de presumir que o mesmo tem por objeto restringir a concorrência”* (n.º 140)³³⁹.

Esta decisão – que coloca a tónica na integração dos mercados em detrimento das considerações de eficiência que podem ser aduzidas ao sistema de distribuição em causa, para além dos efeitos negativos de boleia evidenciados na matéria de facto em julgamento³⁴⁰ – é uma clara recordação, por parte do

³³⁸ Acórdão do Tribunal de Justiça de 4.10.2011, *Football Association Premier League Ltd e o. c. QC Leisure e o.*, C-403/08 e C-429/08, EU:C:2011:631, adiante “Acórdão *Premier League*”.

³³⁹ Menos clara é a conclusão algo expedita do Tribunal de Justiça a propósito da eventual aplicação do n.º 3: *“acrescente-se que, embora, em princípio, o artigo 101.º, n.º 1 TFUE não se aplique a acordos que se subsumem nas categorias indicadas no n.º 3 do mesmo artigo, uma vez que as cláusulas de contratos de licença como as que estão em causa nos processos principais não são conformes com os requisitos estabelecidos nesse último número pelos motivos indicados nos n.ºs 105 a 124 do presente acórdão, a hipótese de inaplicabilidade do artigo 101.º, n.º 1 TFUE não se coloca”* (cf. n.º 145).

³⁴⁰ Justificação que, por si só, não afasta a natureza objetivamente restritiva da prática, como confirmado pelo Tribunal de Justiça no Acórdão *Groupeement des Cartes Bancaires*, n.º 70.

Tribunal, da importância que a integração dos mercados continua a ter na aplicação das regras do Tratado, embora evidenciando, neste aspeto, uma avaliação do contexto económico e jurídico da prática – inerente à determinação de uma restrição por objeto – excessivamente formalista e menos desenvolvida do que a que encontramos, por exemplo, no Acórdão *Groupement des Cartes Bancaires*, onde o contexto económico e jurídico inerente a um “mercado de dois lados” foi determinante para considerar que um acordo de fixação de preços, nos termos em que foi apreciado pela Comissão, não poderia ser considerado uma restrição da concorrência pelo seu objeto.

Também no Acórdão *Pierre Fabre*³⁴¹, num pedido de decisão prejudicial da *cour d’appel* de Paris relativamente a um recurso de anulação de uma decisão da Autoridade de Concorrência francesa que concluía pela incompatibilidade de uma proibição de vendas pela internet, imposta pelo fornecedor aos seus distribuidores (no âmbito de contratos de distribuição seletiva), ao excluir de facto uma modalidade de comercialização de produtos que não requer a deslocação física do cliente, reduzindo assim consideravelmente a possibilidade de venda dos produtos contratuais a clientes situados fora do território contratual ou da zona de atividade do distribuidor autorizado³⁴².

Neste caso, todavia, o Tribunal entendeu responder ao tribunal *a quo* de modo a conformar não apenas a apreciação das restrições por objeto, como a considerar eventuais objetivos legítimos que afastassem a proibição do artigo 101.º, n.º 1 ao caso concreto^{343,344}, chamando assim à colação jurisprudência

³⁴¹ Cf. Acórdão de 13.10.2011, *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique SAS c. Président de l’Autorité de la concurrence*, C-439/09, EU:C:2011:649, adiante “Acórdão *Pierre Fabre*”.

³⁴² Cf. As observações da Comissão, citadas no n.º 38 do Acórdão *Pierre Fabre*.

³⁴³ Cf. Acórdão *Pierre Fabre*, n.º 47: “com base nas considerações que precedem, há que responder à primeira parte da questão que o artigo 101.º, n.º 1 TFUE deve ser interpretado no sentido de que uma cláusula contratual, no âmbito de um sistema de distribuição seletiva, que exige que as vendas de produtos cosméticos e de higiene pessoal sejam feitas num espaço físico, na presença obrigatória de um licenciado em farmácia, tendo como consequência a proibição da utilização da internet para estas vendas, constitui uma restrição por objetivo, na aceção desta disposição, se, na sequência de uma análise individual e concreta do teor e do objetivo da cláusula contratual e do contexto jurídico

anterior que obriga à determinação do contexto económico e jurídico do acordo para determinar o seu objetivo restritivo, ou, pelo contrário, a sua legitimidade (e compatibilidade) à luz do artigo 101.º, n.º 1³⁴⁵.

Embora se possa criticar a abordagem do Tribunal nestes dois arestos, por não considerar relevante na apreciação do contexto económico a realidade económica subjacente às restrições identificadas, há que reconhecer a coerência da jurisprudência em matéria de restrições territoriais³⁴⁶, que não deixa esquecer que a integração dos mercados continua ser um objetivo fundamental do Tratado e das regras de concorrência nele inseridas, e que, no limite, não deixará de a valorizar como objetivo transversal que se sobrepõe em caso de conflito com os objetivos de eficiência que podem ser inerentes a uma determinada restrição³⁴⁷.

e económico em que a mesma se inscreve, se concluir que, face às propriedades dos produtos em causa, tal cláusula não é objetivamente justificada”.

³⁴⁴ Orientando a resposta num sentido negativo, atendendo aos motivos apresentados pela Pierre-Fabre. Cf., em particular, os n.ºs 40-46 do Acórdão *Pierre-Fabre*.

³⁴⁵ Ou seja, uma justificação que permita excluir o acordo do âmbito de aplicação da proibição, e não uma justificação de eficiência à luz do artigo 101.º, n.º 3. Ver, em especial, o Acórdão *Pronuptia*, n.ºs 13-15; o Acórdão *Delimitis*, n.ºs 10-12, e na avaliação de um acordo horizontal, o Acórdão de 23.11.2006, *Asnef-Equifax e o. c. Ausbanc*, C-238/05, EU:C:2006:734, adiante “Acórdão *Asnef-Equifax*”, n.º 46-48. Esta jurisprudência não deixa, todavia, de suscitar algumas perplexidades a propósito da fronteira entre o n.º 1 e o n.º 3, a que regressaremos adiante, em especial a propósito do Acórdão *Allianz Hungária*, mas também da dialética judicial – entre o Tribunal Geral e o Tribunal de Justiça – nos processos *GlaxoSmithKline* e *Groupement des Cartes Bancaires*.

³⁴⁶ Ver, e.g., o Acórdão de 8.6.1982, *L.C. Nungesser KG e Kurt Eisele c. Comissão*, 258/78, EU:C:1982:211, adiante “Acórdão *Nungesser*”, em esp., n.ºs 68-78.

³⁴⁷ Ver, todavia, (BISHOP & WALKER, 2010, pp. 7-8), que sublinham os potenciais efeitos perversos da prevalência do objetivo da integração dos mercados sobre o objetivo económico de promoção da eficiência.

2.1.2. A abordagem mais económica à cooperação horizontal

Percurso idêntico ao realizado anteriormente pode ser empreendido em relação aos acordos horizontais, embora aqui se deva reconhecer que a crítica à metodologia de aplicação das regras do Tratado pela Comissão não tenha assumido a dimensão identificada de modo bastante claro em relação às restrições verticais, desde logo, porque os argumentos de eficiência decorrentes de acordos entre concorrentes são bem mais difíceis de estabelecer.

Importa aqui apresentar alguns dos elementos caracterizadores da “modernização” da aplicação do artigo 101.º a este tipo de acordos³⁴⁸, sendo certo que, em boa medida, as críticas dirigidas à Comissão relativamente ao modo como o artigo 101.º era aplicado aos acordos verticais são igualmente invocáveis neste domínio.

Todavia, enquanto que numa relação vertical a dimensão da relação concorrencial entre as duas partes do acordo é, na perspetiva neoclássica, discutível³⁴⁹, numa relação horizontal as preocupações são, pelos menos naturais; com efeito, trata-se de um entendimento entre duas empresas que operam no mesmo mercado relevante, ou seja, cujos produtos e serviços são substituíveis³⁵⁰, e onde uma comunidade de interesses entre empresas operando

³⁴⁸ Para um enquadramento global do tema, ver (ANDREANGELI, 2010; BENNETT, DÍAZ, LEUPOLD, VERNET, & WOODS, 2014; FAULL et al., 2014; GERADIN et al., 2012, p. 423 e ss.; JONES, 2006; JONES & SUFRIN, 2011, p. 197 e ss.; 983 e ss.; 2014, p. 198 e ss.; ODUDU, 2006; WHISH & BAILEY, 2012, p. 512 e ss.; 2015, p. 594 e ss.). Para uma análise de cariz económico, ver, e.g. (BISHOP & WALKER, 2010, p. 211 e ss.; HILDEBRAND, 2009, p. 287 e ss.).

³⁴⁹ Ver, e.g., (BORK, 1966b, p. 404): *“The parties’ activities are thus coordinated. They perform different and specialized functions in getting a final product to the ultimate consumer. Though vertical, their relationship is the same in economic reality as that of partners. The ability of all truly vertical restraints to enhance the efficiency of the integration has been demonstrated by the argument that they can serve no other function. This same argument demonstrates that market power is irrelevant in a vertical case, so that vertical restraints are not only always ancillary but should always be lawful”*.

³⁵⁰ Ver, e.g. (BISHOP & WALKER, 2010, p. 212), e igualmente, as Orientações sobre acordos de cooperação horizontal de 2011, n.º 10: *“entende-se por ‘concorrentes’ tanto os concorrentes efetivos como os concorrentes potenciais. Considera-se que duas empresas são concorrentes efetivos*

no mesmo mercado pode ser encarada, pelo menos numa primeira abordagem, com o mesmo grau de suspeição que lhe dedicou Adam Smith na *Riqueza das Nações*³⁵¹.

Com efeito, a preocupação essencial nos acordos entre concorrentes reside nos incentivos que estes têm para substituir os riscos da concorrência por uma cooperação, expressa ou tácita, que tenha por resultado uma colusão relativa aos preços, quantidades e mercados em que atuam, ou uma redução do grau de concorrência entre si, em prejuízo dos consumidores³⁵².

Todavia, tal como em relação aos acordos verticais, determinados tipos de acordos horizontais não restringem a concorrência ou geram efeitos pró-concorrenciais que compensam eventuais efeitos negativos, podendo por isso ser objeto de uma isenção ao abrigo do artigo 101.º, n.º 3³⁵³.

se desenvolverem atividades no mesmo mercado relevante. Considera-se que uma empresa é um concorrente potencial de outra empresa quando, na ausência do acordo, a primeira empresa é susceptível de proceder aos investimentos adicionais necessários ou de incorrer noutros custos de transição necessários, num período de tempo reduzido, por forma a entrar no mercado relevante em que a outra empresa desenvolve atividades”.

³⁵¹ “*People of the same trade seldom meet together, even for merriment and diversion, but the conversation ends in a conspiracy against the public, or in some contrivance to raise prices.*” ADAM SMITH, “*An Inquiry into the Nature and Cause of the Wealth of Nations*”, Livro I, Cap. X, par. 82.

³⁵² Recorremos aqui à súmula do Acórdão de 14.7.1972, *Imperial Chemical Industries c. Comissão*, 48/69, EU:C:1972:70, adiante “Acórdão ICI”, n.ºs 64-68. Ver, igualmente, para uma introdução à análise jurídica e económica dos acordos horizontais mais perniciosos para a concorrência, normalmente designados de acordos de cartel, (HARDING & JOSHUA, 2010; MARSHALL & MARX, 2012).

³⁵³ Não tratamos aqui dos acordos de cooperação horizontal que podem ser enquadrados no âmbito de aplicação do Regulamento 139/2004, por constituírem uma operação de concentração, designadamente as empresas comuns de carácter concentrativo, i.e., aquelas que preenchem os requisitos de funcionalidade e autonomia no mercado, que permitem considerar que desempenham todas as atividades de uma empresa autónoma. Para uma análise das empresas comuns (“*joint ventures*”) concentrativas e não concentrativas no Direito europeu da concorrência, ver e.g. (JONES & SUFRIN, 2011, p. 985 e ss.; 2014, p. 734 e ss.; MORAIS, 2006, 2014).

Nesse sentido, podemos identificar uma bifurcação na ponderação jusconcorrencial dos acordos verticais e dos acordos horizontais, os primeiros merecendo, na abordagem modernizada, uma validação genérica à luz do pressuposto de presunção de preenchimento dos requisitos da isenção, sem prejuízo da análise concreta a que cada acordo possa ser sujeito; os segundos, em contrapartida, e excetuando determinados tipos de acordos – abrangidos por isenções por categoria ou enquadrados nas regras interpretativas que a Comissão estabelecerá em 2001 e 2011 – consideram-se preliminarmente abrangidos pela proibição. Dir-se-á que é uma mera questão de “local” onde se aprecia a compatibilidade de um acordo à luz das regras do Tratado, se a nível da justificação (no caso dos acordos horizontais), se a nível da proibição (no caso dos acordos verticais), mas não deixa de sugerir uma compreensão prévia da política de concorrência em relação aos tipos de acordos que merecem acolhimento positivo ou negativo³⁵⁴.

A jurisprudência relativa à aplicação do artigo 101.º a acordos de cooperação horizontal é limitada, atendendo em especial ao contexto processual específico que resulta tanto do sistema centralizado de atribuição de isenções individuais do Regulamento 17/62, como da sua abolição pelo Regulamento 1/2003³⁵⁵: com efeito, se no sistema de notificação prévia as empresas poderiam não ter incentivos para recorrer de decisões da Comissão que atribuíam uma isenção individual³⁵⁶, no sistema processual do Regulamento 1/2003 a única

³⁵⁴ Ver, e.g., Orientações sobre restrições verticais de 2010, n.º 6: “*em relação à maior parte das restrições verticais, só podem surgir problemas a nível da concorrência se existir uma concorrência insuficiente num ou vários estádios da atividade comercial, isto é, se existir um certo grau de poder de mercado a nível do fornecedor ou do comprador ou de ambos. As restrições verticais são em geral menos prejudiciais do que as restrições horizontais e poderão proporcionar uma margem significativa para ganhos de eficiência.*”

³⁵⁵ Com exceção dos casos de recursos de anulação de decisões de aplicação do artigo 101.º a cartéis e práticas concertadas, como notam (WHISH & BAILEY, 2012, p. 587; 2015, p. 623).

³⁵⁶ Com algumas exceções, aliás notáveis. Ver, e.g., os Acórdãos do Tribunal Geral *European Night Services*, *GlaxoSmithKline*, *M6* (envolvendo um recurso de uma decisão de isenção individual por um terceiro), e o Acórdão de 2.5.2006, *O2 GmbH e o. c. Comissão*, T-328/03, EU:T:2006:116, adiante “Acórdão do Tribunal Geral O2”. Ver, ainda, o Acórdão de 11.7.1985, *Remia BV e o. c. Comissão*, 42/84, EU:C:1985:327, adiante “Acórdão *Remia*”. Por todos, ver (EZRACHI, 2010, p. 77 e ss.).

forma de obter uma decisão formal da Comissão relativamente à aplicação do artigo 101.º, n.º 3 a um determinado acordo consiste no mecanismo previsto no artigo 10.º do Regulamento 1/2003, o que, para além de estar expressamente reservado para situações excecionais, até ao momento não foi aplicado. Podendo-se discutir se não caberia também à Comissão, no seu papel de *guardiã* da coerência e consistência da aplicação descentralizada do Direito europeu da concorrência, assumir igualmente a importância da emissão e publicitação de análises individualizadas do preenchimento dos critérios de isenção, como orientação genérica para os agentes económicos, tanto mais quando as Orientações relativas ao artigo 101.º, n.º 3 datam já de 2004 e assumem uma análise muito estrita do ónus de demonstração de eficiências diretamente relacionadas com a restrição da concorrência em causa, que cabe às empresas preencher.

A identificação de efeitos pró-concorrenciais em determinados tipos de acordos de cooperação entre concorrentes já tinha levado a Comissão a aprovar regulamentos de isenção por categoria em relação a acordos de especialização e de investigação e desenvolvimento, que seriam suplementados em 2001 com a aprovação de regras interpretativas relativas a vários tipos de acordos de cooperação horizontal.

Nas Orientações sobre acordos de cooperação horizontal de 2001, a Comissão considera que a *“a apreciação da cooperação horizontal deve sublinhar ainda mais os critérios económicos, de forma a melhor ter em conta alterações ocorridas recentemente na aplicação das regras de concorrência”* (n.º 6), avançando depois para a apresentação do propósito das orientações: *“o objetivo das presentes orientações consiste em fornecer um quadro analítico para os tipos de cooperação horizontal mais correntes. Este quadro é principalmente elaborado com base em critérios que ajudam a analisar o contexto económico em que se insere um determinado acordo de cooperação. Critérios económicos como do poder de mercado das partes, bem como outros fatores associados à estrutura dos mercados, constituem um elemento-chave da apreciação dos efeitos que a*

cooperação é suscetível de produzir nos mercados e, por conseguinte, para a sua apreciação nos termos do (artigo 101.º)”.

Nestas orientações a Comissão apresenta um quadro de avaliação de acordos horizontais minimamente coerente e, na aparência, claramente influenciado pela abordagem mais económica já manifestada em relação às restrições verticais, desde logo, pela necessidade de se apurar a estrutura do mercado em que os acordos se desenvolvem, e a posição das partes nos mesmos, para se apreciar a suscetibilidade de aplicação do artigo 101.º: *“o ponto de partida da análise é a posição das partes nos mercados afetados pela cooperação. Tal permite determinar se as partes podem, graças a esta cooperação, manter, adquirir, ou reforçar o poder de mercado já existente, isto é, ter a possibilidade de causar efeitos negativos no mercado no que diz respeito aos preços, à produção, à inovação ou à variedade ou qualidade dos bens e serviços”* (n.º 27); depois, por admitir que muitos acordos entre empresas não são abrangidos pelo artigo 101.º *tout court*, ou apenas poderão ser abrangidos pelo âmbito da norma caso: (i) preencham uma das categorias que se presumem produzir efeitos negativos nos mercados, *“sendo por conseguinte quase sempre proibidas”* (n.º 25); ou (ii), não fazendo parte dessas categorias, devam ser objeto de uma análise complementar, a qual deve *“utilizar critérios ligados ao mercado, tais como a posição das partes nos mercados e outros fatores estruturais”* (n.º 26).

E afinal, quais as restrições *“quase sempre proibidas”*? Serão aquelas em que a *“natureza da cooperação indica desde o início a aplicabilidade do (n.º 1 do artigo 101.º). É o que acontece com os acordos que têm por objeto uma restrição da concorrência através da fixação dos preços, da limitação da produção ou da partilha dos mercados ou dos clientes. Presume-se que estes acordos têm efeitos negativos sobre o mercado. Por conseguinte, não se afigura necessário apreciar os seus efeitos reais na concorrência e no mercado”* (n.ºs. 18 e 25).

Todavia, e como resulta do exposto, a avaliação da compatibilidade de uma prática com o artigo 101.º continua a assentar numa estrutura bipartida de avaliação: em primeiro lugar, da compatibilidade da prática com o n.º 1, depois, a

sua eventual justificação à luz do n.º 3³⁵⁷; por outro lado, a referência ao quadro convencional da jurisprudência no tratamento das infrações por objeto mantém uma abordagem tradicional, formal, a este tipo de restrições pela desnecessidade de averiguar quaisquer efeitos – pró ou anticoncorrenciais – no escopo do conceito de restrição da concorrência, relegando para o quadro da isenção a avaliação de quaisquer argumentos de eficiência que possam ser aduzidos no contexto concreto em que se desenvolve a prática.

A questão – que neste ponto apenas afloraremos –, prende-se assim com, por um lado, a estrutura bipartida da proibição, na distinção entre infrações por objeto e por efeito, e o tipo e densidade de análise económica que é aí necessária e, por outro lado, pela conciliação entre a proibição (seja por se tratar de uma restrição por objeto, ou efeito) e a exceção³⁵⁸.

Essa posição, convencional, é reiterada pela Comissão, tanto nas Orientações sobre acordos de cooperação horizontal de 2011, como nas Orientações relativas à aplicação do artigo 101.º, n.º 3 de 2004.

Assim, nas Orientações de 2011 a Comissão reconhece que os acordos de cooperação horizontal podem dar origem a vantagens económicas significativas, em especial por poderem constituir *“um meio de partilhar riscos, realizar*

³⁵⁷ Sendo que, por mais “nefasta” que seja a prática em causa, a possibilidade de balanceamento económico à luz do n.º 3 é sempre possível. Ver o Acórdão do Tribunal Geral *Matra Hachette*, já citado.

³⁵⁸ (HILDEBRAND, 2009, pp. 222-223) qualifica a esta operação de *“european competition test”*: *“the problem within EC Competition Law is therefore much more when the overall assessment of the competition impact of an agreement should be made, than if this assessment is made”*, propondo por isso o seguinte: *“whereas the economic analysis in Article (101.º, n.º1) refers to the market situation as such, Article (101.º, n.º 3) deals with the economic situation of an individual undertaking. In Article (101.º, n.º 1) the welfare-reducing effects of an agreement in a given market are assessed taking into consideration possible welfare-enhancing effects of this agreement in the market affected. The scope of analysis refers to the overall welfare effects of the agreement under scrutiny representing what can be called a European competition test. In Article (101.º, n.º 3), the individual productive efficiencies related to a specific undertaking are assessed.”* (ob. e loc. cit.)

economias, aumentar investimentos, agrupar saber-fazer, melhorar a qualidade e a variedade dos produtos e lançar inovações de forma mais rápida”³⁵⁹.

Para este efeito, as Orientações relativas aos acordos de cooperação horizontal (de 2001 e 2011), adotam uma abordagem económica, assente nas vantagens de eficiência resultantes de determinados tipos de acordos de cooperação horizontal, procurando para efeito empregar métodos “económicos” de identificação de potenciais riscos concorrenciais, designadamente pela determinação do poder de mercado das partes³⁶⁰.

³⁵⁹ Orientações relativas aos acordos horizontais, n.º 2. Nestes termos, e sem pretender “fornecer diretrizes sobre o que constitui ou não um cartel” (n.º 9), as Orientações de 2011 apresentam uma listagem dos comportamentos de cooperação horizontal que podem dar origem a problemas de concorrência, em especial “quando as partes acordam em fixar os preços ou nível da produção ou em partilhar mercados ou ainda se a cooperação permitir às partes manterem, conquistarem ou aumentarem o seu poder de mercado, sendo desta forma suscetíveis de ter efeitos negativos no mercado no que se refere aos preços, à produção, à diversidade e qualidade dos produtos ou à inovação” (n.º 3). Assim, as orientações fornecem um “quadro analítico... principalmente elaborado com base em critérios jurídicos e económicos” para os seguintes tipos de acordos de cooperação horizontal: (i) acordos de cooperação e desenvolvimento; (ii) acordos de produção (incluindo subcontratação e especialização); (iii) acordos de compra; (iv) acordos de comercialização; (v) acordos de normalização; e (v) intercâmbios de informações (n.º 5). Ver, relativamente a estes tipos de acordos de cooperação horizontal, (BENNETT et al., 2014) e (MORAIS, 2013).

³⁶⁰ Embora, como notam (WHISH & BAILEY, 2015, p. 628), dando menor destaque às quotas de mercado das partes como indicador de risco nas Orientações de 2011 do que nas Orientações de 2001. De qualquer modo, nas Orientações de 2011, a Comissão entende que “a partilha significativa de custos conseguida por um acordo de cooperação horizontal, só pode permitir às partes coordenar mais facilmente os preços no mercado e a produção se as partes tiverem poder de mercado” (n.º 36), e que “o poder de mercado é sempre relativo. O nível de poder de mercado necessário para que se conclua pela existência de uma infração ao artigo 101.º, n.º 1, no caso de acordos que são restritivos da concorrência por efeito, é inferior ao nível de poder de mercado necessário para que seja reconhecida uma posição dominante na aceção do Artigo 102.º” (n.º 42), sendo que “o ponto de partida da análise do poder de mercado é a posição das partes nos mercados afetados pela cooperação” (n.º 43). Todavia, não são apresentados limiares quantitativos para que se considere existir (ou não) um risco potencial na cooperação horizontal. Como refere a Comissão, se é certo que “se as partes detiverem uma reduzida quota de mercado combinado, é pouco provável que o acordo de cooperação horizontal dê origem a efeitos restritivos da concorrência... não sendo normalmente necessária qualquer análise complementar”, também se conclui que “dada a diversidade dos acordos de cooperação horizontal e dos efeitos que podem produzir nos mercados em função das condições que neles prevalecem, é impossível definir um limiar de quota de mercado geral acima do qual se pode presumir a existência de um poder de mercado suficiente para causar efeitos restritivos da concorrência” (n.º 44).

A importância destas regras interpretativas não deve ser subestimada. Por um lado, e na ausência de um lastro de decisões concretas de aplicação do artigo 101.º, n.º 3 minimamente significativo na sequência da modernização processual introduzida pelo Regulamento 1/2003, continua a ser nelas que encontramos as linhas gerais da abordagem da Comissão à aplicação concreta da estrutura bipartida do artigo 101.º; por outro, no contexto da descentralização da aplicação plena das regras do Tratado, permanecem como as principais orientações para as autoridades nacionais, incluindo os tribunais, tanto na apreciação do conceito de restrição inerente às regras do Tratado, como do modo como a isenção pode ser invocada e demonstrada³⁶¹, podendo discutir-se se as mesmas continuam a refletir tanto a jurisprudência do Tribunal de Justiça³⁶², como as próprias declarações de política da concorrência de responsáveis da Comissão³⁶³.

³⁶¹ Assinalamos a este propósito as conclusões da Advogada-Geral Kokott no processo *T-Mobile*, já citadas, que recordou ao Tribunal de Justiça o contexto em que as suas decisões são, na sequência da modernização do Direito europeu da concorrência, tidas em consideração: “o Tribunal de Justiça tem a oportunidade de tornar claro quais os requisitos necessários para se constatar a existência de uma prática concertada com objetivos anticoncorrenciais, na aceção do n.º 1 do artigo (101.º). Na essência, trata-se de esclarecer se e em que medida a constatação de um objetivo anticoncorrencial exige a avaliação das circunstâncias concretas do mercado, da atuação das empresas envolvidas e dos efeitos da sua atuação na concorrência... Estas questões revestem-se de grande importância para a aplicação eficaz do direito da concorrência da Comunidade no novo sistema descentralizado que foi introduzido com a modernização do direito processual da concorrência levada a cabo pelo Regulamento (CE) n.º 1/2003. Na resposta que vier a ser dada devem ser tidos em conta os perigos que o enfraquecimento das regras de concorrência do Tratado... traria não só para o mercado interno europeu, mas também para os consumidores europeus”. (Cf. n.ºs 1-2).

³⁶² Em especial no balanceamento entre a posição adotada pelo Tribunal de Justiça no Acórdão *Expedia*, por um lado, e no Acórdão *Groupement des Cartes Bancaires*, por outro, e ainda à particular avaliação extensiva do contexto económico e jurídico advogado no Acórdão *Allianz Hungária*, a que regressaremos adiante.

³⁶³ Ver, e.g., (ITALIANER, 2014). Como refere (KING, 2015b), designadamente pelo confronto entre a Comunicação *De Minimis* de 2014, que apela à jurisprudência *Expedia* na determinação (e limitação) da noção de sensibilidade da restrição no contexto da definição das infrações por objeto, e a análise dos efeitos para aplicação do artigo 101.º defendida como elemento de modernização da política de concorrência. Ver, em especial, n.ºs 1-2 da Comunicação *De Minimis* de 2014.

As Orientações sobre a aplicação do artigo 101.º, n.º 3, de 2004, completam o quadro normativo da modernização da aplicação do artigo 101.º, procurando sintetizar a jurisprudência tradicional do Tribunal de Justiça com a abordagem mais económica proposta a nível dos acordos verticais e horizontais³⁶⁴.

Nestes termos, a Comissão procura enquadrar, de modo estruturado, a aplicação do artigo 101.º: a nível da proibição, onde se deve apurar se um acordo entre empresas é suscetível de afetar o comércio entre Estados-Membros e se tem um objeto ou efeitos anticoncorrenciais, reais ou potenciais; a nível da exceção, pela determinação de eventuais “*benefícios compensatórios*” (n.º 12).

Assim, cabe à Comissão demonstrar, para efeitos de aplicação do n.º 1, que um determinado acordo constitui uma restrição de concorrência³⁶⁵, se esta afeta o comércio entre Estados-Membros, ultrapassa os limiares *de minimis* e constitui uma restrição apreciável da concorrência³⁶⁶. Depois, há que apresentar uma teoria do dano concorrencial em causa, que permita determinar o objeto da prática ou o seu efeito, tendo em conta o contexto económico e jurídico em que se desenvolve, a estrutura do mercado relevante e a posição das partes no mesmo. Verificada a existência uma prática proibida, cabe às empresas demonstrar que a mesma preenche os pressupostos da justificação.

Todavia, alguns limites à “abordagem mais económica” são evidentes nestas orientações.

³⁶⁴ A expressão é de (GERARD, 2012, p. 9). Ver, igualmente, as Orientações relativas à aplicação do artigo 101.º, n.º 3 (n.º 5): “*as orientações definem um quadro analítico para a aplicação do n.º 3 do artigo (101.º), com o objetivo de desenvolver uma metodologia para a aplicação desta disposição do Tratado. Esta metodologia baseia-se na abordagem económica já introduzida e desenvolvida nas orientações relativas às restrições verticais, aos acordos de cooperação horizontal e aos acordos de transferência de tecnologia*”.

³⁶⁵ Ver (NAZZINI, 2006), para uma análise crítica da abordagem estruturada – uma *rule of reason* estruturada, como referido por (GERARD, 2012) – da Comissão ao artigo 101.º.

³⁶⁶ Voltaremos a este ponto a propósito da jurisprudência do Tribunal de Justiça no Acórdão *Expedia*.

Desde logo, mantém-se um enfoque na dimensão da colusão como limitação da liberdade e autonomia empresarial, independente dos resultados em termos de eficiência económica que daí resultem: *“o tipo de coordenação de conduta ou colusão entre empresas, que cai no âmbito de aplicação do n.º 1 do artigo (101.º) é aquele em que pelo menos uma empresa se comprometa perante outra a adotar determinada conduta no mercado ou que, na sequência de contactos entre elas, seja eliminada ou, pelo menos, substancialmente reduzida, a incerteza quanto à sua conduta no mercado”* (n.º 15). Por outro lado, é deixado claro que *“o objetivo último do artigo (101.º) consiste em proteger o processo concorrencial.”* (n.º 105).

Como referimos anteriormente, a Comissão aproveita o “Pacote Modernização” para redefinir o alcance de alguns dos seus precedentes anteriores, em especial no contexto da aplicação descentralizada plena do artigo 101.³⁶⁷, colocando a tónica para aplicação da exceção legal nos ganhos de eficiência diretamente relacionados com a restrição concorrencial identificada: *“o objetivo da primeira condição enunciada no n.º 3 do artigo (101.º) consiste em definir os tipos de ganhos de eficiência que podem ser tidos em consideração e ser sujeitos às análises suplementares das segunda e terceira condições do n.º3 do artigo (101.º). O que se pretende com essa análise é verificar quais são os benefícios objetivos criados pelo acordo e qual a importância económica destes ganhos de eficiência. Tendo em conta que, para que o n.º 3 do artigo (101.º) seja aplicável, os efeitos pró-concorrenciais decorrentes do acordo devem compensar os seus efeitos anticoncorrenciais, é necessário verificar qual o nexo que existe entre o acordo e os alegados ganhos de eficiência, bem como o respetivo valor”* (n.º 50).

Nestes termos, a Comissão coloca o ónus da demonstração da justificação da prática sobre as empresas, e simultaneamente confronta-as com um elevado nível de prova a respeitar.

³⁶⁷ Recordemos o enquadramento dos “*cartéis de crise*” e das considerações de política social, a mero título de exemplo, no âmbito de aplicação do artigo 101.º, n.º 3, que referimos supra. Ver, igualmente, (G. MONTI, 2002).

Por outro lado, deixando claro que os ganhos de eficiência não podem prejudicar o “*objetivo último*” do artigo 101.º, que consiste na proteção do processo concorrencial, numa clara reminiscência do *estruturalismo* enquanto teoria de concorrência original.

Se é certo que este teste torna a apreciação do balanço económico e do respetivo preenchimento particularmente penoso para as empresas³⁶⁸, coloca em contrapartida o plano da discussão num nível objetivo de avaliação e de quantificação de ganhos de eficiência, permitindo em abstrato um maior grau de escrutínio judicial e de segurança jurídica³⁶⁹.

Mas deixa em aberto o grau de análise a que um determinado comportamento deve ser objeto para determinar o seu enquadramento no âmbito da proibição. Em especial, quando a jurisprudência do Tribunal tem, em determinados momentos, procurado carrear para a análise da restrição de concorrência um quadro analítico que pode parecer semelhante ao que seria empregue no contexto da sua justificação³⁷⁰.

E, finalmente, mantém fora do escopo da modernização – enquanto abordagem analítica dos efeitos de uma prática na concorrência – a análise

³⁶⁸ Recorde-se que nos termos do artigo 2.º do Regulamento 1/2003, o ónus da prova do preenchimento das condições cumulativas do balanço económico cabe às empresas.

³⁶⁹ Embora na prática limitado pelos limites de apreciação do Tribunal de Justiça em matéria de questões de natureza técnica. Todavia, entendemos – com (MORAIS, 2014) – que a referência à competência técnica da Comissão não justifica uma menorização do papel do Tribunal na apreciação aprofundada da avaliação apresentada pela Comissão na fundamentação das suas decisões (e.g., como sucedeu na determinação do contexto económico e jurídico identificado no Acórdão *Groupement des Cartes Bancaires*), nem da sua capacidade de apreciar, com algum detalhe, o eventual preenchimento dos requisitos do conceito de infração por efeito e do (não) preenchimento das condições de isenção do artigo 101.º, n.º 3 (e.g., como sucede no Acórdão *MasterCard*).

³⁷⁰ Como sucede, designadamente, no Acórdão *Allianz Hungária*. Neste sentido, ver, e.g., as Conclusões do Advogado-geral Nils Wahl, de 27.3.2014, no processo *Groupement des Cartes Bancaires* (EU:C:2014:1958), em esp. n.ºs 49-52.

jusconcorrencial das práticas “graves”³⁷¹, o que suscita algumas perplexidades quando, na sua Comunicação *De Minimis* de 2014, a Comissão parece reconduzir o conceito de infração grave à noção de restrição por objeto³⁷². Regressaremos a esta questão na Parte II.

Por agora, importará fixar que a abordagem modernizada aos acordos de cooperação horizontal não consegue transpor ainda plenamente um reduto de avaliação formal na interpretação do artigo 101.º assente numa conceção de proteção do processo concorrencial, e da concorrência, como fim, e da garantia da autonomia das empresas na determinação da sua conduta empresarial, em homenagem ao princípio da “liberdade de concorrência” da Escola de Friburgo³⁷³, procurando conciliar todavia *metodologias* mais económicas na aplicação do artigo 101.º, seja: (i) na consideração do contexto económico e jurídico em que se desenvolve a prática para a determinação do objeto restritivo

³⁷¹ Ver, e.g., Orientações sobre a aplicação do artigo 101.º, n.º 3 (n.º 46): “*é improvável que restrições graves da concorrência satisfaçam as condições do n.º 3 do artigo (101.º). Tais restrições são normalmente excluídas dos regulamentos de isenção por categoria ou identificadas como restrições graves nas orientações e comunicações da Comissão. Regra geral, os acordos desta natureza não satisfazem (pelo menos) as duas primeiras condições enunciadas no n.º 3 do artigo (101.º): não geram benefícios económicos nem beneficiam os consumidores. Por exemplo, um acordo horizontal que tenha por objetivo a fixação dos preços limita a produção, originando uma deficiente afetação dos recursos. Além disso, transfere valor dos consumidores para os produtores, na medida em que conduz a preços mais elevados sem proporcionar qualquer compensação aos consumidores do mercado relevante*”.

³⁷² Ver, em esp., a Comunicação *De Minimis* de 2014 (n.º 13): “*tendo em vista a clarificação do Tribunal de Justiça referida no ponto 2 (referindo-se aqui ao Acórdão Expedia), a presente Comunicação não abrange os acordos que tenham por objetivo impedir, restringir ou a falsear a concorrência no mercado interno. A Comissão não irá, portanto, aplicar o ‘porto seguro’ criado pelos limiares de quota de mercado estabelecidos nos pontos 8, 9, 10 e 11 a esses acordos. Por exemplo, relativamente a acordos entre concorrentes, a Comissão não aplicará os princípios expostos na presente comunicação, em especial, aos acordos que contenham restrições que, direta ou indiretamente, tenham por objetivo: a) a fixação de preços de venda de produtos a terceiros; b) a limitação da produção ou das vendas; ou c) a repartição de mercados ou clientes. Do mesmo modo, a Comissão não aplicará o ‘porto seguro’ criado por esses limiares de quotas de mercado a acordos que contenham qualquer uma das restrições listadas como restrições graves (hardcore) no atual ou em futuros regulamentos relativos à retirada do benefício da isenção por categoria, que a Comissão considera que constituem, regra geral, restrições por objeto*”.

³⁷³ Com respaldo na jurisprudência do Tribunal de Justiça, e.g., nos Acórdãos *T-Mobile* e *BIDS*, já citados.

da concorrência: (ii) na determinação da estrutura de mercado relevante e do poder de mercado das partes na apreciação dos efeitos restritivos da concorrência; e (iii) na recondução do artigo 101.º, n.º 3 a uma *defesa de eficiência* a alegar e a demonstrar pelas partes.

2.2. Quadro geral da abordagem mais económica aos abusos de posição dominante e ao controlo de concentrações

No domínio do controlo *ex post* de condutas abusivas por parte de empresas dominantes, como no domínio do controlo *ex ante* de operações de concentração de empresas, a metodologia económica é um elemento essencial e necessário à aplicação das regras, por dependerem, em concreto, da determinação de elementos de facto relacionados com a posição das empresas nos mercados relevantes afetados ³⁷⁴ ; trata-se, assim, de empregar os instrumentos da análise económica, e de verificação empírica, na determinação do que seja um *mercado relevante*, *poder de mercado* ou *abuso*, no contexto da aplicação destas regras. Esta é a questão metodológica.

Mas, tal como em relação à aplicação do artigo 101.º, também a abordagem mais económica ao artigo 102.º e ao controlo de concentrações pode revelar, para além dos métodos, preocupações e considerações de natureza “económica”, designadamente no que respeita à análise dos efeitos, à determinação dos impactos sobre o bem-estar do consumidor e aos ganhos de eficiência como padrão e meta da aplicação das normas³⁷⁵.

³⁷⁴ Uma vez que o poder de mercado deve ser apurado em concreto, de acordo com a jurisprudência do Tribunal de Justiça. Ver, e.g., o Acórdão *Continental Can*.

³⁷⁵ Ver, sobre a aplicação do artigo 102.º, e.g., (AKMAN, 2012; DE LA MANO, NAZZINI, & ZENGER, 2014; GERADIN et al., 2012, p. 175 e ss.; MOURA E SILVA, 2010). Para uma abordagem eminentemente económica às questões de dominância no Direito europeu da concorrência, ver, e.g., (BISHOP & WALKER, 2010, p. 223 e ss.; HILDEBRAND, 2009, p. 311 e ss.; MOTTA, 2004, p. 411 e s.). Em especial, sobre a modernização da abordagem da Comissão à aplicação do artigo 102.º, com maior destaque para as modificações na sequência da publicação das Orientações relativas às prioridades da Comissão, ver e.g. (AKMAN, 2010; ALBAEK, 2011; MOTTA, 2009; WITT, 2010).

Com efeito, a modernização da aplicação do artigo 102.º, em especial a partir da publicação, em 2005, de um documento de discussão da Direcção-Geral de concorrência da Comissão sobre a orientação da política de concorrência na aplicação do artigo 102.º a determinados comportamentos abusivos³⁷⁶, e na sua sequência, à publicação das “prioridades” da Comissão na aplicação do artigo 102.º a comportamentos de exclusão abusivos³⁷⁷, parece revelar uma maior inclinação da política de concorrência para a adoção de considerações de eficiência na avaliação de comportamentos abusivos, ultrapassando uma noção formal de abuso ínsita na noção de *especial responsabilidade* da empresa dominante³⁷⁸.

Como a Comissão sugeria no *discussion paper* de 2005, a abordagem proposta deveria concentrar-se nos efeitos económicos da prática, entendidos

³⁷⁶ Comissão Europeia, *Discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses*, Dezembro de 2005. Ver, igualmente, o discurso de apresentação das orientações da discussão da política de concorrência em matéria de comportamentos abusivos, da Comissária Neelie Kroes (em setembro de 2005), (KROES, 2006), que descreve a mudança de paradigma nos seguintes termos: “*I am aware that it is often suggested that – unlike Section 2 of the Sherman Act – Article 82 is intrinsically concerned with ‘fairness’ and therefore not focussed primarily on consumer welfare. As far as I am concerned, I think that competition policy evolves as our understanding of economics evolves. In days gone by, ‘fairness’ played a prominent role in Section 2 enforcement in a way that is no longer the case. I don’t see why a similar development could not take place in Europe. My own philosophy on this is fairly simple. First, it is competition, and not competitors, that is to be protected. Second, ultimately the aim is to avoid consumers harm*”.

³⁷⁷ Comunicação da Comissão, Orientação sobre as prioridades da Comissão na aplicação do artigo 82.º do Tratado CE a comportamentos de exclusão abusivos por parte de empresas em posição dominante, JO C 45, de 24.2.2009. Notamos que esta comunicação não constitui, ao contrário das restantes orientações já citadas, um corpo de regras interpretativas, outrossim, a publicitação das “*prioridades que irão orientar a ação da Comissão na aplicação do artigo (102.º) aos comportamentos de exclusão por parte de empresas em posição dominante. O objetivo é, juntamente com as decisões de execução específicas da Comissão, tornar mais claro e previsível o quadro geral utilizado pela Comissão na análise e decisão quanto à abertura de processos relativamente a diferentes formas de comportamentos de exclusão*” (n.º 2).

³⁷⁸ Ver, e.g., o Acórdão de 9.11.1983, *Nederlandsche Banden Industrie Michelin c. Comissão*, 322/81, EU:C:1983:313, adiante “*Acórdão Michelin*”, e o Acórdão de 30.9.2003, *Atlantic Container Line e o. c. Comissão*, T-191/98, T-212/98 a T-214/98, EU:T:2003:245, adiante “*Acórdão do Tribunal Geral Atlantic Container Line*”.

em especial como os impactos da prática no consumidor, e não na estrutura do mercado ou nos concorrentes³⁷⁹.

Nas suas “prioridades” de 2009, a Comissão torna este teste mais evidente, ao declarar que uma empresa será considerada dominante quando *“seja capaz de aumentar os preços acima do nível da concorrência, de forma rentável, por um período de tempo significativo”*, uma vez que nessas circunstâncias, *“não está sujeita a uma pressão concorrencial efetiva e suficiente”*³⁸⁰.

Assim, a dominância deve ser avaliada pela capacidade de uma empresa poder aumentar os preços – ou mantê-los num nível superior ao da concorrência – e não pela capacidade de excluir concorrentes do mercado, o que representa uma abordagem claramente neoclássica à proibição do abuso de dominância no Tratado³⁸¹.

Esta abordagem procura assim determinar os efeitos no mercado, ultrapassando a análise assente nas formas ou em categorias predeterminadas que os comportamentos podiam revestir e que levava à proibição de

³⁷⁹ Para uma avaliação bastante crítica desta abordagem, ver (MOURA E SILVA, 2010, p. 547 e ss.). Como a Comissão reconhecia no XL Relatório sobre a Política de Concorrência (2010), p. 6, *“com a adoção de orientações sobre as prioridades da Comissão relativamente a comportamentos de exclusão abusivos por parte de empresas em posição dominante, a abordagem económica, que garante a máxima proteção dos interesses dos consumidores, passou a integrar o quadro de aplicação das medidas antitrust. O documento acima referido reconhece que as empresas em posição dominante têm o direito de concorrer vigorosamente no mercado com base nos seus méritos e refere que, regra geral, a Comissão não concentrará os seus esforços em comportamentos que levem empresas rivais ineficientes ou menos eficientes a sair do mercado, desde que tal resulte da concorrência baseada nos méritos, como a qualidade dos produtos ou serviços”*.

³⁸⁰ Cf. Comunicação da Comissão relativa às prioridades na aplicação do artigo 102.º, n.º 11. Continuando, a Comissão considera ainda que (loc. cit.) *“a expressão ‘aumentar os preços’ inclui o poder de manter os preços acima do nível da concorrência e é utilizada para referir as diferentes formas de influenciar os parâmetros da concorrência – tais como, preços, produtividade, inovação, variedade ou qualidade dos bens e serviços – em detrimento dos consumidores”*.

³⁸¹ Neste sentido, (AKMAN, 2012, p. 312 e ss.). Ver, igualmente, para uma distinção entre o “poder de determinar os preços no mercado” (*pricing power*) e o “poder de exclusão de concorrentes”, (BISHOP & WALKER, 2010, p. 91 e ss.).

comportamentos não restritivos ou mesmo potencialmente pró-concorrenciais, embora não tenha representado uma total reversão da prática anterior na análise de determinadas condutas empresariais³⁸².

Com efeito, se por um lado a Comissão afirma que *“normalmente só intervirá para evitar o encerramento anticoncorrencial do mercado quando o comportamento em causa tenha já impedido ou seja suscetível de impedir a concorrência desenvolvida por concorrentes, que são considerados tão eficientes como a empresa em posição dominante”*³⁸³, por outro lado reconhece que este teste do *“concorrente igualmente eficiente”* pode decair em determinadas situações: *“a Comissão reconhece que em determinadas circunstâncias um concorrente menos eficiente poderá igualmente exercer uma pressão que deverá ser tida em consideração quando se avalia se determinado comportamento baseado no preço leva ao encerramento anticoncorrencial do mercado”*³⁸⁴, o que nos conduz uma vez mais ao enquadramento da proteção dos concorrentes no âmbito de aplicação do artigo 102.º, e a uma abordagem formal assente ainda na determinação do preenchimento dos pressupostos da infração pela adoção de comportamentos intrinsecamente contrários à preservação de um determinado grau de concorrência no mercado, independentemente dos efeitos verificados³⁸⁵.

³⁸² Ver, e.g., (GERADIN et al., 2012, p. 212 e ss.).

³⁸³ Cf. Comunicação da Comissão relativa às prioridades na aplicação do artigo 102.º, n.º 23.

³⁸⁴ Cf. Comunicação da Comissão relativa às prioridades na aplicação do artigo 102.º, n.º 24.

³⁸⁵ Ver, igualmente, o Acórdão de 15.3.2007, *British Airways plc c. Comissão*, C-95/04 P, EU:C:2007:166, adiante “Acórdão *British Airways*”, onde o Tribunal de Justiça reitera, no essencial, a jurisprudência firmada no Acórdão de 13.2.1979, *Hoffman-La Roche & Co. c. Comissão*, 85/76, EU:C:1979:36, adiante “Acórdão *Hoffman-La Roche*”, e no Acórdão *Michelin*. Cf. Acórdão *British Airways*, n.º 66: “quanto à aplicação do artigo (102.º) a um regime de descontos dependente de objetivos de vendas, decorre do n.º 70 do acórdão *Michelin/Comissão*, já referido, que, proibindo a exploração abusiva de uma posição dominante no mercado na medida em que tal seja susceptível de afetar o comércio entre Estados-Membros, este artigo visa os comportamentos que podem influenciar a estrutura de um mercado, no qual, precisamente em consequência da presença de uma empresa em tal posição, o grau de concorrência já está enfraquecido e que têm por efeito impedir, através do recurso a mecanismos diferentes dos que regulam a concorrência norma de produtos ou de serviços base nas prestações dos operadores económicos, a manutenção do grau de concorrência ainda existente no mercado ou o desenvolvimento dessa concorrência... daqui resulta que, para examinar o eventual carácter abusivo, no caso de uma empresa em posição dominante, de um regime de descontos ou de prémios que não constituem nem descontos ou prémios de quantidade

Por outro lado, a aplicação do artigo 102.º pela Comissão não é necessariamente compaginável com as suas próprias prioridades, e a recente validação da abordagem tradicional ao artigo 102.º pelo Tribunal Geral no processo *Intel* revela que a modernização da aplicação do Tratado aos abusos de posição dominante não está, ainda, alinhada integralmente pela análise dos efeitos no bem-estar do consumidor e pelas considerações de eficiência que pareciam orientar, pelo menos a nível da proclamação, a política da concorrência neste domínio³⁸⁶.

nem descontos ou prémios de fidelidade, na aceção do acórdão Hoffman-La Roche/Comissão, já referido, importa, antes de mais, verificar se estes descontos ou prémios podem ter um efeito eliminatório, isto é, se podem, por si mesmos, por um lado, restringir ou mesmo suprimir o acesso ao mercado dos concorrentes da empresa em posição dominante e, por outro, a possibilidade de os co-contratantes desta empresa escolherem entre várias fontes de abastecimento ou vários parceiros comerciais” (n.ºs 66 e 68).

³⁸⁶ Assim, a Decisão da Comissão de 13.5.2009, *Intel*, proc. COMP/C-3/37.990, JO C 227, de 22.9.2009, deixava claro, no n.º. 916, que as orientações relativas às prioridades não eram aplicáveis nesta investigação. Neste ponto, embora se deva referir que a investigação já estava em curso no momento da publicação das orientações relativas às prioridades na aplicação do artigo 102.º, e como tal estas não lhe serem diretamente aplicáveis, as críticas apontadas respeitam à fundamentação da decisão, assente numa apreciação formalista da conduta da Intel relativamente à sua política de descontos e, designadamente, na renovada invocação pela Comissão da desnecessidade de apurar a verificação de efeitos da prática no mercado para determinar a aplicação do artigo 102.º, recorrendo a uma apreciação objetiva do comportamento da empresa para determinar a existência de um abuso. Ver, e.g. (GERADIN et al., 2012, p. 228 e ss.). Esta decisão foi confirmada pelo Acórdão de 12.6.2014, *Intel Corp. c. Comissão*, T-286/09, EU:T:2014:547, por publicar, adiante “Acórdão do Tribunal Geral *Intel*”, um aresto que suscitou intensa controvérsia em torno da “abordagem mais económica” ao artigo 102.º. Embora não se enquadre na economia do presente estudo uma análise aprofundada desta questão para além do enunciado da modernização da aplicação do artigo 102.º e dos reflexos concretos desse debate (i) na definição da política de concorrência neste domínio, e (ii) nas contingências práticas da sua aplicação, ilustrado designadamente nas posições contrastantes de (PEEPERKORN, 2015a; W. P. J. WILS, 2014), importa notar que o tema suscitado no Acórdão do Tribunal Geral *Intel* centra-se no desenvolvimento, também na aplicação do artigo 102.º, de uma distinção entre comportamentos abusivos *pelo objeto* ou *pelo efeito*. Esta distinção, que não se verifica no texto do Tratado, foi rejeitada *qua tal* pelo Tribunal Geral, designadamente, no Acórdão de 30.9.2003, *Manufacture française des pneumatiques Michelin c. Comissão*, T-203/01, EU:T:2003:250, adiante “Acórdão do Tribunal Geral *Michelin II*”, n.º 237: “o Tribunal recorda que o artigo 82.º CE proíbe, na medida em que o comércio entre Estados-membros seja suscetível de ser afetado, a exploração abusiva de uma posição dominante no mercado comum ou numa parte substancial deste. Contrariamente ao artigo 81.º, n.º 1, CE, o artigo 82.º não contém qualquer referência ao objeto ou ao efeito anticoncorrencial da prática em causa. Contudo, perante o contexto em que se inscreve o artigo 82.º CE, um comportamento só será considerado abusivo se for susceptível de restringir a concorrência” e, a nível da análise de efeitos, n.º 239: “o ‘efeito’ que a jurisprudência referida no

número anterior menciona não respeita necessariamente ao efeito concreto do comportamento abusivo denunciado. Para efeitos de demonstração de uma violação do artigo 82.º CE, basta demonstrar que o comportamento abusivo da empresa em posição dominante tende a restringir a concorrência ou, por outras palavras, que o comportamento é passível ou susceptível de ter tal efeito”. No Acórdão de 30.1.2007, *France Télécom SA c. Comissão*, T-340/03, EU:T:2007:22, o Tribunal Geral retoma a posição assumida no Acórdão do Tribunal Geral *Michelin II*, citado supra, embora com uma nuance. Com efeito, no n.º 195 deste Acórdão, o Tribunal Geral parece na realidade abrir as portas a uma distinção entre o abuso por objeto ou por efeito: “Quanto aos requisitos de aplicação do artigo 82.º CE e à distinção entre o objetivo e o efeito da prática abusiva, há que salientar que, para efeitos da aplicação do referido artigo, a demonstração do objetivo e do efeito anticoncorrencial podem eventualmente confundir-se. Efetivamente, se se demonstrar que o objetivo prosseguido pelo comportamento de uma empresa em posição dominante é restringir a concorrência, este comportamento é também suscetível de produzir esse efeito.” A definição da infração ao artigo 102.º na jurisprudência citada de alguma forma contrasta com uma abordagem mais económica advogada pela Comissão nas comunicações de política de concorrência relativas ao artigo 102.º, que referimos anteriormente, e que parece ser subscrita, refira-se, pelo Tribunal de Justiça, designadamente no Acórdão de 27.3.2012, *Post Danmark c. Konkurrenceradet*, C-209/10, EU:C:2012:172, adiante “Acórdão *Post Danmark*”, n.º 44: “o artigo 82.º CE deve ser interpretado no sentido de que uma política de preços baixos aplicados relativamente a determinados antigos clientes importantes de um concorrente por uma empresa que detém uma posição dominante não pode ser considerada constitutiva de uma prática de eliminação abusiva pelo simples facto de o preço aplicado por essa empresa a um desses clientes se situar num nível inferior aos custos totais médios imputados à atividade em causa, mas superior aos custos incrementais médios relativos a esta, conforme avaliados no processo que deu origem ao processo principal. A fim de apreciar a existência de efeitos anticoncorreciais em circunstâncias como as do referido processo, há que examinar se essa política de preços, sem justificação objetiva, tem por resultado a eliminação efetiva ou provável desse concorrente, em detrimento da concorrência e, nessa medida, dos interesses dos consumidores.”. À luz desta jurisprudência, poderá adivinhar-se o desenvolvimento, também no artigo 102.º, de uma distinção entre restrições abusivas pela sua própria natureza, ou de abusos pelo efeito restritivo que provocam. E, tal como na aplicação do artigo 101.º, deverá ser também pela análise das circunstâncias em que se insere a prática que uma conduta poderá ser qualificada como um abuso, para efeitos de aplicação da proibição do artigo 102.º. A este respeito, ver o Acórdão de 19.4.2012, *Tomra Systems ASA e o. c. Comissão*, C-549/10 P, EU:C:2012:221, n.º 43-45: “o Tribunal Geral, no n.º 242 do acórdão recorrido, precisou que só uma análise das circunstâncias do caso, como a efetuada pela Comissão na decisão impugnada, pode permitir determinar se as práticas de uma empresa em posição dominante são suscetíveis de excluir a concorrência. Seria, no entanto, artificial determinar, a priori, a porção subordinada do mercado para além da qual as práticas de uma empresa em posição dominante podem ter um efeito de exclusão dos concorrentes. No n.º 243 do acórdão recorrido, o Tribunal Geral fixou, assim, na sequência dessa análise das circunstâncias do caso, que, no período e nos países examinados, uma proporção considerável (de dois quintos) da procura total estava subtraída à concorrência. Esta conclusão do Tribunal Geral deve ser considerada não ferida por erro de direito.”. Esta conclusão contrasta com a tomada de posição do Tribunal Geral no Acórdão *Intel*, onde, retomando – e confirmando – a análise da Comissão (anterior à posição política relativa à avaliação dos abusos de exclusão, como referimos supra), conclui que “descontos de exclusividade atribuídos por uma empresa em posição dominante consideram-se, pela sua própria natureza, suscetíveis de restringir a concorrência” (n.º 85, tradução do autor da versão inglesa), parecendo por isso afastar, no que respeita aos descontos de exclusividade, uma análise dos efeitos, aguardando-se por isso o resultado do recurso desta decisão junto do Tribunal de Justiça.

No domínio do controlo de concentrações – onde o peso da análise económica, devido ao juízo de prognose inerente ao controlo *ex ante* do comportamento potencial das empresas no mercado assume especial relevância – a necessidade de reavaliação da posição da Comissão tornou-se evidente, em especial na sequência da anulação, num intervalo de poucos meses em 2002, de três decisões da Comissão de oposição a operações de concentração, nos Acórdãos do Tribunal Geral *Airtours*³⁸⁷, *Schneider Electric*³⁸⁸ e *Tetra Laval*³⁸⁹, com base nos erros de avaliação cometidos pela Comissão, em especial por ter ignorado a teoria económica aplicável e por não ter provado os motivos que a levaram a opor-se a essas operações³⁹⁰.

A anulação destas decisões teria efeitos declarados na posição da Comissão na avaliação de operações de concentração a partir de 2002³⁹¹, mas também transversais na política de concorrência, ao descredibilizarem a robustez e qualidade da análise realizada pela Comissão naquela que era, à data,

³⁸⁷ Ver Acórdão de 6.6.2002, *Airtours Plc c. Comissão*, T-342/99, EU:T:2002:146, adiante “Acórdão do Tribunal Geral *Airtours*”, em esp., a conclusão (n.º 294): “*perante todas as considerações precedentes, deve concluir-se que a decisão, longe de ter baseado a sua análise prospetiva em provas sólidas, enferma de um conjunto de erros de apreciação sobre elementos importantes para a avaliação de uma eventual criação de uma posição dominante coletiva. Conclui-se que a Comissão proibiu a operação sem ter provada suficientemente que a operação de concentração daria origem a uma posição dominante coletiva dos três grandes operadores turísticos dela resultantes, suscetível de constituir um entrave significativo a uma concorrência efetiva no mercado relevante*”.

³⁸⁸ Acórdão do Tribunal Geral de 22.10.2002, *Schneider Electric SA c. Comissão*, T-310/01, EU:T:2002:254, adiante “Acórdão do Tribunal Geral *Schneider Electric*”. A linguagem do Tribunal Geral é particularmente condenatória da análise da Comissão. Ver, em esp., n.º 404: “*o Tribunal considera que os erros, omissões e contradições verificados supra na análise do impacto da operação notifica, efetuada pela Comissão, têm um carácter certo de gravidade*”; n.º 411: “*os erros de análise e de apreciação suprarreferidos são, portanto, suscetíveis de privar de valor probatório a apreciação económica do impacto da operação de concentração, na qual se baseia a declaração de incompatibilidade impugnada*.”

³⁸⁹ Acórdão do Tribunal Geral de 25.10.2002, *Tetra Laval BV c. Comissão*, T-5/02, EU:T:2002:264, adiante “Acórdão do Tribunal Geral *Tetra Laval*”.

³⁹⁰ No que respeita ao controlo de concentrações na União Europeia ver, e.g., (CUNHA, 2005; GERADIN et al., 2012, p. 497 e ss.; KOKKORIS & SHELANSKI, 2014).

³⁹¹ Ver (ORTIZ BLANCO, 2011, p. 78 e ss.).

a sua unidade funcional mais conceituada em termos económicos na Direcção-Geral de concorrência³⁹².

Embora, no momento em que o Tribunal anulou as decisões de proibição referidas, a Comissão já tinha em curso o seu programa de revisão substantiva das regras interpretativas do controlo de concentrações³⁹³, estas decisões tornaram mais premente a necessidade de visitar os métodos de análise empregues pela Comissão; em especial, a Comissão procurou introduzir uma análise dos efeitos das operações de concentrações que ultrapassasse a abordagem estrutural que ainda caracterizava o primeiro regulamento de controlo de concentrações, tendo por objetivo uma averiguação dos impactos das operações no bem-estar do consumidor³⁹⁴.

³⁹² Ver, e.g., (MOURA E SILVA, 2008, p. 845; WITT, 2012). O que seria deixado claro pelo próprio Comissário Mario Monti. Ver, em especial, o prefácio de Mario Monti ao XXXII Relatório sobre a Política de Concorrência (2003), p. 5: *“a qualidade das nossas regras substantivas teria pouca importância, contudo, se não conseguíssemos aplicá-las num processo de tomada de decisões que satisfaça as normas mais rigorosas em matéria de garantias processuais e de transparência. A anulação pelo Tribunal de Primeira Instância, no ano passado, de três decisões de proibição no domínio das concentrações acentuou a necessidade de a fundamentação económica da Comissão ser inatacável.”* A análise da Comissão em matéria de concentrações voltaria a ser objeto de críticas pelo Tribunal Geral, no Acórdão de 14.12.2005, *General Electric Company c. Comissão*, T-201/01, EU:T:2005:456, adiante “Acórdão do Tribunal Geral *General Electric*”, embora não anulando a decisão de proibição da Comissão. Ver, em esp., n.º 312: *“o Tribunal não pode substituir a apreciação da Comissão pela sua própria apreciação, procurando demonstrar o que esta teria feito se tivesse tido em conta esse efeito dissuasivo do artigo (102.º). Por conseguinte, a análise efetuada pela Comissão deste aspeto do presente processo, uma vez que não tomou em consideração o elemento, no entanto pertinente, que constituía o efeito dissuasivo do artigo (102.º), está necessariamente ferida, por este motivo, de um erro manifesto de apreciação”*.

³⁹³ Comissão Europeia, Livro Verde relativo à revisão das regras de controlo de concentrações, COM(96) 19 final, de 31.1.1996. Ver, igualmente, (M. MONTI, 2002): *“I believe that, in a certain time, with more hindsight, we will say that these judgements, no matter how painful, came at a right moment. Indeed, there are no doubt lessons to be drawn from the judgements: in particular, it is clear that the CFI is now holding us to a very high standard of proof, and this has clear implications for the way in which we conduct our investigations and draft our decisions. We have taken very seriously into account the shortcomings in our process highlighted in the judgements by strengthening our reforms even further.”*

³⁹⁴ Ver, e.g., as Orientações relativas às concentrações não-horizontais, onde a Comissão distingue “encerramento do mercado” de “encerramento anticoncorrencial do mercado”, com base no impacto sobre os consumidores: *“na presente comunicação, a expressão ‘encerramento do mercado’ será utilizada para designar as situações em que a concentração restringe ou impede o acesso dos concorrentes atuais ou potenciais às fontes de abastecimento ou aos mercados, reduzindo assim a capacidade e/ou incentivo destas empresas para concorrerem. Na sequência*

Ao contrário do que verificámos anteriormente na aplicação do artigo 101.º – e também do artigo 102.º – a prossecução de uma análise jusconcorrencial assente na consideração dos efeitos de uma operação em concreto terá sido levada mais longe, não apenas a nível da aplicação das regras pela Comissão, mas pelo próprio Tribunal Geral³⁹⁵, que tanto nas decisões de anulação referidas supra, como, e.g., no Acórdão do Tribunal Geral *General Electric*, não hesitou em apontar erros substantivos sérios na análise económica da Comissão³⁹⁶, tornando clara a necessidade das decisões de oposição a operações de concentração serem devidamente fundamentadas em argumentos económicos fortes.

Esta concentração – provavelmente uma das maiores em dimensão à data – havia sido já aprovada, sem quaisquer condições, pela *Antitrust Division* do Departamento de Justiça norte-americano – foi proibida pela Comissão, designadamente com base na identificação de efeitos não-horizontais, decorrentes da integração vertical entre as duas empresas, em especial com base na teoria de efeitos de conglomerado, nos termos da qual uma concentração

deste encerramento do mercado, as empresas objeto da concentração – e possivelmente, também alguns concorrentes – podem aumentar de forma rentável o preço cobrado aos consumidores. Trata-se de situações que dão origem a uma restrição significativa da concorrência efetiva, sendo, por conseguinte, seguidamente designadas por ‘encerramento anticoncorrencial do mercado’” (n.º 18).

³⁹⁵ Como nota (MOSSO, 2011).

³⁹⁶ Ver, e.g., Acórdão do Tribunal Geral *General Electric*, n.º 311-312: “a Comissão tinha obrigatoriamente à sua disposição todos os elementos de análise necessários para apreciar, no caso vertente, sem necessidade de levar a cabo uma investigação detalhada a este respeito, em que medida os comportamentos que ela própria previa no mercado dos dispositivos de arranque poderiam constituir violações do artigo (102.º) e ser reprimidos enquanto tais. Por conseguinte, cometeu um erro de direito ao não tomar em consideração o efeito dissuasivo que esta circunstância poderia ter tido para a entidade resultante da fusão. Além disso, verifica-se que o facto de tomar em conta este efeito dissuasivo podia, realmente, ter influenciado a apreciação feita pela Comissão da probabilidade dos comportamentos em questão. Nestas condições, o Tribunal não pode substituir a apreciação da Comissão pela sua própria apreciação, procurando demonstrar o que esta teria feito se tivesse tido em conta esse efeito dissuasivo do artigo (102.º). Por conseguinte, a análise efetuada pela Comissão deste aspeto do presente processo, uma vez que não tomou em consideração o elemento, no entanto pertinente, que constituía o efeito dissuasivo do artigo (102.º), está necessariamente ferida, por este motivo, de um erro manifesto de apreciação.”

entre empresas não concorrentes e que não se encontram numa relação direta de fornecedor/cliente podem ainda assim ser restritivas da concorrência: no caso, a Comissão alegava que a empresa resultante da concentração poderia alavancar a forte posição de fornecedora/compradora de algumas das subsidiárias da General Electric para conquistar uma posição dominante nos mercados relevantes em que a Honeywell operava³⁹⁷, uma conclusão contestada a nível da escola neoclássica, que tende a desconsiderar os incentivos potenciais para aquisição de poder de mercado em concentrações não-horizontais³⁹⁸.

O Tribunal Geral, por sua vez, concordando no essencial com a Comissão na análise realizada por esta em relação aos efeitos horizontais da concentração, criticou a Comissão por, na sua análise dos efeitos não-horizontais, não ter em conta o efeito dissuasor do artigo 102.^o ³⁹⁹, e por não ter demonstrado cabalmente que os efeitos verticais alegados poderiam potencialmente verificar-se no mercado⁴⁰⁰.

Este lastro jurisprudencial foi refletido pela Comissão na reforma do quadro legislativo e interpretativo do controlo de concentrações, procurando ancorar a política de concorrência neste domínio na avaliação dos impactos das operações de concentração junto dos consumidores, o que faz: (i) através da definição do objetivo programático do controlo de concentrações⁴⁰¹; (ii) e a nível metodológico, por um substancial empenho na utilização de instrumentos

³⁹⁷ Para uma análise crítica da decisão de proibição da Comissão, ver (MOTTA, 2004, p. 379 e ss.).

³⁹⁸ Ver, e.g., (FOX, 2002, 2003).

³⁹⁹ Invocando para o efeito o precedente do Acórdão do Tribunal Geral *Tetra Laval*. Ver, em esp., n.º 302-303, e conclusão no n.º 312.

⁴⁰⁰ A posição expressa pelo Tribunal Geral acabaria por determinar o teor das Orientações relativas à análise de concentrações não-horizontais, de 2008.

⁴⁰¹ Ver as Orientações relativas à análise de concentrações horizontais, n.º 8: “a concorrência efetiva traduz-se em benefícios para os consumidores, tais como preços reduzidos, produtos de elevada qualidade, uma vasta escolha de bens e serviços e inovação. Através do controlo das concentrações, a Comissão impede as concentrações suscetíveis de privar os consumidores destas vantagens por aumentarem significativa o poder de mercado das empresas”.

económicos e de avaliação quantitativa, que passam a assumir especial relevância neste domínio⁴⁰².

Se, no primeiro caso, estamos perante a definição dos elementos que determinam a política de concorrência e o modo como a Comissão abordará a sua missão de aplicação das regras, no segundo caso estaremos perante uma questão de método na determinação dos factos relevantes para a decisão (designadamente, para a determinação das relações de concorrência real ou potencial entre as empresas envolvidas na operação, na determinação dos mercados relevantes e dos efeitos, reais ou potenciais, que podem resultar da operação).

Neste sentido, a política de concorrência em matéria de controlo de concentrações coloca o bem-estar do consumidor como elemento determinante da consideração do impacto de uma operação concreta no mercado, no que a afasta – pela definição concreta do objetivo económico prosseguido pela aplicação das regras – da aplicação do artigo 101.º e 102.º, onde outros objetivos que não o bem-estar do consumidor são igualmente atendidos⁴⁰³.

Os antecedentes da abordagem mais económica demonstram a adoção clara de objetivos de eficiência na condução da política de concorrência, algo que até ao início deste processo – com a revisão da política de concorrência em matéria de restrições verticais – não era claramente definido.

⁴⁰² Ver, e.g., (WITT, 2012). Esta preponderância é significativamente menor na aplicação dos artigos 101.º e 102.º, o que pode ser explicado, por um lado, pela *preferência* processual pela investigação de infrações por objeto, a que aludimos já, e por outro lado, pela permanência da abordagem estrutural aos abusos de posição dominante. Um exemplo de aplicação das regras de concorrência do Tratado onde a importância da análise económica foi especialmente sublinhada, desde logo por se tratar de uma investigação a restrições *por efeito* num mercado de estrutura complexa (“mercado de dois lados”), encontra-se na Decisão da Comissão de 19.12.2007, *MasterCard e o.*, proc. apensos COMP/34.579, COMP/36.518 e COMP/38/580, JO C 264, de 6.11.2009, adiante “Decisão *MasterCard I*”.

⁴⁰³ O que pode suscitar questões de compatibilidade sistemática entre os objetivos prosseguidos por um determinado corpo de regras, quer se trate da avaliação do comportamento das empresas *ex ante* (a nível do controlo de concentrações), como *ex post* (a nível da aplicação do artigo 101.º e 102.º).

Pretender, todavia, identificar a definição clara e exclusiva de um objetivo de eficiência, e, neste contexto, da opção pelo bem-estar do consumidor, como único critério de avaliação da política de concorrência pode ser redutor e, à luz do quadro normativo e interpretativo em vigor, dificilmente sustentável⁴⁰⁴.

3. O PRINCÍPIO DE CONCORRÊNCIA NOS TRATADOS DA UNIÃO

3.1. Enquadramento e sequência

Na conclusão ao presente capítulo abordamos a definição de um “princípio da concorrência” nos Tratados da União, matéria que procuramos enquadrar no contexto da avaliação do processo de modernização do Direito europeu da concorrência.

A temática que nos propomos abordar revela, no essencial, três dimensões analíticas: uma primeira dimensão, que procura revelar no texto dos Tratados da União o quadro textual referencial que permite desenvolver um princípio de concorrência no quadro mais amplo da constituição económica material da União⁴⁰⁵; nesta sequência, haverá que determinar o modo e os

⁴⁰⁴ Ver, neste sentido, (WITT, 2012), para quem a Comissão optou claramente por uma abordagem restritiva ao conceito de bem-estar do consumidor. Contra, (MOTTA, 2004, pp. 19-20): *“it is difficult to assess whether competition authorities and courts favour in practice a consumer welfare or a total welfare objective. In the EU, Article 81(3) allows any agreement, decision or concerted practice ‘which contributes to improving the production or distribution of goods or to promoting technical or economic progress, while allowing consumers a fair share of the resulting benefit’. Furthermore, Article 2.1 of the Merger Regulation accepts in principle an efficiency defence ‘provided that it is to consumer’s advantage’. These provisions might indicate that consumer welfare is among the ultimate objectives of competition law. However, I am not aware of any statement of the ECJ on this point, nor of any (Commission or Court’s) decision where reliance on either standard has made a difference in practice”*.

⁴⁰⁵ A temática da natureza constitucional material dos Tratados e do corpo de princípios de Direito da União, e, em especial, relativa ao regime de concorrência, como corporizando uma constituição económica, tem sido objeto de ampla análise. Ver, e.g., para uma perspetiva geral do debate (BAQUERO CRUZ, 2002; DREXL, 2009; GERBER, 1994a; MADURO, 1998; MOREIRA, 1987; STREIT & MUSSLER, 1994; WEILER, 1991; WEILER & TRACHTMAN, 1996).

termos da configuração desse princípio na jurisprudência do Tribunal de Justiça, enquanto referencial último da interpretação do Direito da União, procurando determinar a valoração teleológica que é retirada pelo Tribunal da garantia da concorrência no mercado único. Finalmente, procuraremos retirar conclusões operativas para a concretização do conceito de restrição de concorrência no artigo 101.º, matéria que será globalmente abordada na Parte II por referência ao conceito de *objeto* restritivo da concorrência no quadro referencial analítico da proibição de acordos entre empresas.

Preliminarmente, importa ainda referir que, se bem que contribuindo necessariamente para a temática mais ampla, e conceptualmente autónoma, da dimensão constitucional dos Tratados da União, o objetivo da análise a que nos propomos não pretende necessariamente ilustrar esse debate no sentido de demonstrar a existência e configuração de uma constituição económica da União, em especial na dimensão supranacional que esta pode assumir; outrossim, procuramos revelar a existência e configuração de uma *ideia* de concorrência nos Tratados, que possa informar e determinar a concretização da aplicação das regras do Tratado, em particular do artigo 101.º.

Para além do quadro analítico dos Tratados da União por referência a uma noção ou padrão constitucional, que conforma a noção parametrizante do dispositivo do Tratado e dos princípios fundamentais da ordem jurídica da União, como desenvolvidos pelo Tribunal, numa noção material de constituição e, neste quadro, de *constituição económica* – particularmente adequado à configuração da ordem jurídica em torno de princípios funcionalmente relacionados aos objetivos da integração económica – interessa-nos sobretudo determinar como é que podemos configurar a ideia de concorrência ínsita nos artigos 101.º e 102.º TFUE.

Embora próxima, não iremos desenvolver neste ponto a problemática da dimensão constitucional dos Tratados e dos princípios fundamentais da ordem jurídica da União, como desenvolvida pelo Tribunal de Justiça, em especial, em torno do princípio do efeito útil e do primado do Direito da União, e da definição

através deles de uma verdadeira *constituição económica* – mas, como apontámos logo na introdução da presente dissertação, a introdução de regras de defesa da concorrência – e do sistema da sua aplicação – depende de um pré-juízo relativo à escolha da sociedade por um determinado modelo de organização económica, que assenta numa opção de natureza constitucional⁴⁰⁶.

Sem prejuízo, deverá ficar assente que a natureza constitucional material dos princípios do Direito da União é devedora do papel desenvolvido especialmente pelo Tribunal de Justiça na criação e desenvolvimento, em especial na fase formativa do processo da integração, de uma estrutura normativa assente em princípios jurídicos por si definidos, atendendo à natureza específica da integração, e das opções constitucionais dos Estados-membros que não poderiam ser frustradas pelo seu desenvolvimento posterior. E estruturando os princípios jurídicos que permitiram a consolidação da natureza específica do Direito da União como um corpo normativo supranacional, que não pode ser contrariado pelos Direitos nacionais sob pena de se prejudicarem os fins e objetivos da integração europeia. No que aqui nos interessa, também as regras de defesa da concorrência previstas no Tratado desde o início, como parte integrante do corpo normativo necessário à integração, beneficiaram desta dimensão constitucional, como o Tribunal de Justiça desenvolveu, e.g., nos Acórdãos *De Geus* e *Walt Wilhem*.

O modo como esses mesmos princípios foram sendo desenvolvidos, e até, delimitados, designadamente no que se revela necessário à reserva de competências e de espaços de atuação próprios dos Estados no âmbito de um processo de integração específico, quanto a nós, demonstram a aceitação da incompletude do processo de integração, sem prejudicarem necessariamente a sua natureza constitucional⁴⁰⁷.

⁴⁰⁶ Ver, e.g., (SCHMIDTCHEN, 1991). No mesmo sentido, (MORAIS, 2006, pp. 1613-1614).

⁴⁰⁷ Ver, e.g. o Acórdão de 24.11.1993, *Bernard Keck e Daniel Mithouard*, C-267/91 e C-268/91, EU:C:1993:905, adiante “Acórdão *Keck*”. Para uma análise bastante crítica deste “retrocesso” jurisprudencial, ver, e.g., (GORMLEY, 1995; REICH, 1994).

Esta temática é particularmente relevante no tema que nos propusemos abordar no presente estudo, por se enquadrar na fronteira da revisão teleológica dos fins e objetivos do Direito europeu da concorrência no contexto da sua modernização, por um lado, e no modo como os poderemos concretizar na avaliação da aplicação concreta das regras do Tratado, pela Comissão, pelas autoridades nacionais e pelo Tribunal. Em especial, por acentuar a necessidade de se dirimir um conflito necessário entre os objetivos estritos de eficiência e os objetivos económicos, quando não políticos, mais amplos que podemos daí retirar. A nossa análise centrar-se-á, assim, no modo como o Tribunal de Justiça propõe e configura o princípio da concorrência nos Tratados, e no modo como este se compagina com os objetivos de eficiência propostos pela “abordagem mais económica”. Finalmente, procuraremos retirar ilações, tanto para a configuração dos objetivos do Direito europeu da concorrência, como para a concretização dos temas que serão abordados de seguida.

Com efeito, da análise que apresentámos no Capítulo 1, bem como nos pontos anteriores do presente capítulo, pode-se destacar, para além da proibição de determinadas condutas empresariais, uma tentativa de determinação dos “objetivos” da política de concorrência da União, bem como as considerações – de natureza económica ou política – que podem ou devem ser tidos em conta na sua execução, à qual subjaz uma certa ideia de concorrência: seja como instrumento de integração económica, como elemento coadjuvante da política económica, ou como garantia do funcionamento do livre jogo do mercado, o conceito de concorrência ínsito aos Tratados da União apresenta-se como um elemento constante, ainda que carecendo de concretização, da discussão em torno dos objetivos da defesa da concorrência da União.

3.2. As regras de concorrência nos Tratados da União

O texto original do Tratado CEE previa uma ligação funcional entre os objetivos do Tratado e os meios ao dispor da Comunidade para a sua concretização: a criação de um mercado comum assentaria em quatro liberdades

económicas fundamentais, a livre circulação de pessoas, de serviços, mercadorias e capitais, a implementar faseadamente (num período de transição de 12 anos); por outro lado, ao ter como objetivo a criação do mercado comum, o Tratado CEE configurava esse mercado como um espaço económico integrado assente no princípio da livre concorrência, no quadro do qual são proibidos os acordos entre empresas, os abusos de posição dominante e os auxílios de Estado que possam afetar o comércio entre Estados e que falseiem o jogo da concorrência.

Nestes termos, o artigo 2.º do Tratado CEE determinava que *“la Communauté a pour mission, par l’établissement d’un marché commun et par le rapprochement progressif des politiques économiques des États membres, de promouvoir un développement harmonieux des activités économiques dans l’ensemble de la Communauté, une expansion continue et équilibrée, une stabilité accrue, un relèvement accéléré du niveau de vie, et des relations plus étroites entre les États qu’elle réunit”*.

Esta missão deveria ser prosseguida, designadamente, através do *“établissement d’un regime assurant que la concurrence n’est pas faussée dans le marche commun”* (artigo 3.º, al. f) do Tratado CEE).

Nas revisões seguintes do Tratado, em especial com os Tratados de Maastricht e de Amesterdão, os objetivos da Comunidade dispostos no artigo 2.º do Tratado CEE foram sendo progressivamente ampliados para novos domínios não diretamente relacionados com a integração económica e com a criação de um mercado interno (ou mercado único, na sequência do Ato Único Europeu)⁴⁰⁸,

⁴⁰⁸ Assim, o artigo 2.º do Tratado CE, na sequência da revisão do Tratado de Amesterdão apresentava a seguinte redação: *“A Comunidade tem como missão, através da criação de um mercado comum e de uma união económica e monetária e da aplicação das políticas ou ações comuns a que se referem os artigos 3.º e 4.º, promover, em toda a Comunidade, o desenvolvimento harmonioso, equilibrado e sustentável das atividades económicas, um elevado nível de emprego e de proteção social, a igualdade entre homens e mulheres, um crescimento sustentável e não inflacionista, um alto grau de competitividade e de convergência dos comportamentos das economias, um elevado nível de proteção e de melhoria da qualidade do ambiente, o aumento do nível e da qualidade de vida, a coesão económica e social e a solidariedade entre os Estados-Membros.”*

mas a necessidade de prever um regime que garanta que a concorrência não seja falseada no mercado interno manteve-se imutável⁴⁰⁹.

Pelo contrário, com o Tratado de Maastricht, a defesa da concorrência como elemento nuclear da constituição económica da integração foi substantivamente reforçada pela introdução do artigo 4.º do Tratado CE, nos termos do qual (n.º 1) *“para alcançar os fins enunciados no artigo 2.º, a ação dos Estados-Membros e da Comunidade implica, nos termos do disposto e segundo o calendário previsto no presente Tratado, a adoção de uma política económica baseada na estrita coordenação das políticas económicas dos Estados-Membros, no mercado interno e na definição de objetivos comuns, e conduzida de acordo com o princípio de uma economia de mercado aberto e de livre concorrência”*.

Também o n.º 2 do artigo 4.º do Tratado CE apelava ao princípio do mercado aberto e de livre concorrência no contexto da definição dos objetivos da política monetária e cambial únicas, *“cujo objetivo primordial é a manutenção da estabilidade dos preços e, sem prejuízo desse objetivo, o apoio às políticas económicas gerais na Comunidade, de acordo com o princípio de uma economia de mercado aberto e de livre concorrência”*.

A conjugação destas duas disposições enquadrava o contexto normativo fundamental da defesa da concorrência no Tratado, no qual assentava um dos elementos consolidados da constituição económica comunitária, a saber, a ligação fundacional entre a defesa da concorrência e a integração dos mercados, como desenvolvida pela jurisprudência do Tribunal de Justiça⁴¹⁰, e definição de

⁴⁰⁹ No artigo 3.º, n.º 1, al. g) do Tratado CE, nos termos do qual *“para alcançar os fins enunciados no artigo 2.º, a ação da Comunidade implica, nos termos do disposto e segundo o calendário previsto no presente Tratado, um regime que garanta que a concorrência não seja falseada no mercado interno”*.

⁴¹⁰ Ver (MORAIS, 2006, pp. 1625-1626). No contexto histórico da discussão da revisão do Tratado de Roma na sequência do Tratado de Nice, tendo por base o “Projeto de Tratado Constitucional”, o autor citado concluiu pela necessidade de abordar de modo cauteloso quaisquer alterações neste domínio (loc. cit., nota 2729): *“pode também nesse contexto ser mínima a alteração aos objetivos fundamentais e princípios fixados nos artigos 2.º a 4.º CE – aspeto que consideramos desejável de modo a, numa perspetiva material, não provocar desnecessárias ruturas em dimensões que*

um regime de salvaguarda da concorrência como um dos objetivos da Comunidade.

Com o Tratado de Lisboa, os artigos 2.º e 3.º, n.º 1 do Tratado CE foram eliminados e, no contexto da reorganização formal dos Tratados, os objetivos da União passaram a estar previstos no artigo 3.º do TUE, estando os meios para os atingir definidos nos artigos 3.º a 6.º TUE.

Fundamentalmente, a disposição que previa, desde 1957, a necessidade de assegurar um regime que não permita o falseamento da concorrência no mercado interno, o artigo 3.º, n.º 1, al. g) do Tratado CE, foi eliminada. Em particular, o teor do anterior artigo 2.º do Tratado CE encontra-se agora plasmado no essencial no artigo 3.º, n.º 3 TUE, nos termos do qual a União *“estabelece um mercado interno”*; não obstante, no Tratado da União não existe agora qualquer referência à concorrência enquanto tal, embora se assinale a inclusão, no artigo 3.º, n.º 3 TUE, da referência ao *“desenvolvimento sustentável da Europa, assente... numa economia social de mercado altamente competitiva”*.

Esta ausência explícita de uma ligação entre o mercado interno – objetivo da União – e o regime que garanta que a concorrência no mercado não é falseada, é essencialmente o resultado da influência francesa na conclusão das negociações do Tratado de Lisboa⁴¹¹. O modo como foi resolvida formalmente –

podemos considerar já adquiridas nas bases previamente existentes de uma constituição económica comunitária”. Ver, igualmente, (MORAIS, 2014), onde o mesmo Autor entende que “not even the elimination – arising from the Treaty of Lisbon – of the objective provided for in the previous provision established under article 3 paragraph (1)g of the EC Treaty, concerning the existence of a system ensuring that competition in the internal market is not distorted, has not affected this constitutional dimension of the basic normative principles of EU competition law.”

⁴¹¹ Ver (JONES & SUFRIN, 2011, p. 39; PETIT, 2008; RILEY, 2007). Para além das referências nos autores citados, cremos serem elucidativas da posição francesa nesta discussão as declarações do então Secretário de Estado dos Assuntos Europeus do governo francês, Jean-Pierre Jouyet, no âmbito da conferência “Tratado de Lisboa e Concorrência”, de 8.11.2007, no qual a oposição do seu Governo à declaração da defesa da concorrência como *objetivo* da União é tornada clara (JOUYET, 2007): *“la France reconnaît pleinement le caractère indispensable d’une politique de la concurrence adaptée et efficace pour le bon fonctionnement du marché intérieur et qui soit au service de la compétitivité en France et en Europe. Il ne devrait pas être nécessaire de revenir là-dessus: les outils et les politiques mis en oeuvre en France font d’ailleurs une large place à cette*

através da inclusão de um *Protocolo sobre o mercado interno* anexo aos TUE e TFUE – apenas parcialmente responde às questões suscitadas pela remoção do artigo 3.º, n.º 1, al. g) do Tratado CE.

As referências à defesa da concorrência mantêm-se no TFUE, designadamente:

- No preâmbulo do Tratado, onde os Estados-Membros reconhecem que “*a eliminação dos obstáculos existentes requer uma ação concertada tendo em vista garantir a estabilidade na expansão económica, o equilíbrio nas trocas comerciais e a lealdade na concorrência*”;
- No artigo 3.º, n.º 1, al. b), onde se estabelece que a União mantém competência exclusiva para o “*estabelecimento das regras de concorrência necessárias ao funcionamento do mercado interno*”;
- No artigo 32.º, al. b) e c), quanto às orientações da atuação da Comissão relativamente à União aduaneira, atendendo em especial às condições de concorrência internas no mercado único⁴¹²;

politique. La France a même une expertise reconnue au niveau européen en terme d'autorités de la concurrence et l'indépendance de ces dernières est inattaquable. Toutefois, nous devons réagir en France face aux inquiétudes de l'opinion publique telles qu'elles se sont exprimées en 2005: Neelie Kroes et moi partageons en effet cette nécessité de tenir compte des inquiétudes des populations. Mais, quelle est-elle exactement en France? Chez nous, l'inquiétude résulte d'un amalgame entre concurrence, financiarisation, règne des intérêts financiers. Le débat sur la concurrence est le réceptacle de toutes ces inquiétudes. C'est pour cette raison que nous avons souhaité, lors du conseil européen de juin, que la concurrence libre et non faussée ne figure pas dans les objectifs du traité mais soit un instrument de fonctionnement du marché intérieur. Le débat suivant parlera du nouveau traité et de l'importance de la distinction entre la politique et la finalité de l'Europe - cette clarification, comprise par nos partenaires européens, sera de nature à effacer les inquiétudes fortes que nous avons à dépasser. Pour être plus précis, il existe un très large consensus en France pour reconnaître la légitimité de la politique de la concurrence pour défendre les intérêts des consommateurs face aux pratiques restrictives de certains grands acteurs économiques, mais aussi pour considérer que cette politique est avant tout un instrument parmi d'autres au service d'objectifs politiques auxquels elle ne peut être assimilée et qui sont reconnus par les traités.”

⁴¹² Cf. artigo 32.º TFUE, als. b) e c): “*no exercício das funções que lhe são confiadas no presente capítulo, a Comissão orientar-se-á... pela evolução das condições de concorrência na União, desde que essa evolução tenha por efeito aumentar a competitividade das empresas; pelas necessidades de abastecimento da União em matérias-primas e produtos semiacabados cuidando que se não falseiem, entre os Estados-membros, as condições de concorrência relativas a produtos acabados.*”

- No artigo 40.º, n.º 1, al. a) e 42.º, relativamente às regras de organização comum dos mercados agrícolas, no âmbito da Política Agrícola Comum, e à aplicação das regras de concorrência neste domínio⁴¹³;
- Nos artigos 101.º a 107.º, no âmbito da definição das regras gerais de concorrência aplicáveis às empresas e aos Estados-Membros;
- No artigo 113.º, relativo à adoção de medidas de harmonização legislativa do domínio de determinados tipos de impostos;
- No artigo 116.º, relativo à aproximação de legislações nacionais necessária para evitar distorcer as condições de concorrência no mercado interno;
- Nos artigos 119.º, 120.º e 127.º, onde se determina que as políticas económica e monetária devem ser conduzidas de acordo com o “*princípio de uma economia de mercado aberto e de livre concorrência*”⁴¹⁴, retomando o teor do anterior artigo 4.º do Tratado CE.

⁴¹³ Ver, em esp., o artigo 42.º TFUE: “*as disposições do capítulo relativo às regras de concorrência só são aplicáveis à produção e ao comércio dos produtos agrícolas, na medida em que tal seja determinado pelo Parlamento Europeu e pelo Conselho, no âmbito do disposto no n.º 2 do artigo 43.º e em conformidade com o processo aí previsto, tendo em conta os objetivos definidos no artigo 39.º*”. O artigo 44.º TFUE refere-se igualmente à afetação da concorrência, no contexto da possibilidade de introdução de direitos compensatórios.

⁴¹⁴ Assim, o artigo 119.º, n.º 1 e 2, determina o seguinte: “*Para alcançar os fins enunciados no artigo 3.º do Tratado da União Europeia, a ação dos Estados-Membros e da União implica, nos termos do disposto nos Tratados, a adoção de uma política económica baseada na estreita coordenação das políticas económicas dos Estados-Membros, no mercado interno e na definição de objetivos comuns, e conduzida de acordo com o princípio de uma economia de mercado aberto e de livre concorrência. Paralelamente, nos termos e segundo os procedimentos previstos nos Tratados, essa ação implica uma moeda única, o euro, e a definição e condução de uma política monetária e de uma política cambial únicas, cujo objetivo primordial é a manutenção da estabilidade dos preços e, sem prejuízo desse objetivo, o apoio às políticas económicas gerais na União, de acordo com o princípio de uma economia de mercado aberto e de livre concorrência.*” Esse princípio é igualmente referido no artigo 120.º (“*Os Estados-Membros conduzirão as suas políticas económicas no sentido de contribuir para a realização dos objetivos da União, tal como se encontram definidos no artigo 3.º do Tratado da União Europeia, e no âmbito das orientações gerais a que se refere o n.º 2 do artigo 121.º. Os Estados-Membros e a União atuarão de acordo com o princípio de uma economia de mercado aberto e de livre concorrência, favorecendo uma repartição eficaz dos recursos, e em conformidade com os princípios estabelecidos no artigo 119.º*”) e no artigo 127.º (“*O objetivo primordial do Sistema Europeu de Bancos Centrais, adiante designado ‘SEBC’, é a manutenção da estabilidade dos preços. Sem prejuízo do objetivo da estabilidade dos preços, o SEBC apoiará as políticas económicas gerais na União tendo em vista contribuir para a realização dos objetivos da União tal como se encontram definidos no artigo 3.º do Tratado da União Europeia. O SEBC atuará de acordo com o princípio de uma economia de*

As disposições aqui referidas mantêm intacta a existência de um regime de proteção da concorrência como elemento intrínseco do modelo de integração económica proposto pelo Tratado⁴¹⁵.

Com efeito, a própria Comissão não deixou de sinalizar que, do ponto de vista da política da concorrência, as alterações formais do Tratado não teriam qualquer implicação prática no modo como as regras de concorrência continuariam a ser aplicadas⁴¹⁶, tendo em conta que o Protocolo n.º 27⁴¹⁷, *relativo ao mercado interno e à concorrência*, restabeleceria a proposição segundo a qual “*o mercado interno, tal como estabelecido no artigo 3.º do Tratado da União Europeia, inclui um sistema que assegura que a concorrência não seja falseada*”.

O Protocolo relativo ao mercado interno tem uma especial importância para determinar o lugar da concorrência nos Tratados da União; com efeito, na aparência, dá resposta imediata uma dificuldade decorrente da conjugação da eliminação da referência expressa à garantia de um regime que salvaguarde a concorrência não falseada no mercado único (na sequência da eliminação do artigo 3.º, 1, al. g) do Tratado CE), com o mecanismo do artigo 325.º TFUE, nos termos qual “*se uma ação da União for considerada necessária, no quadro das políticas definidas pelos Tratados, para atingir um dos objetivos estabelecidos pelos Tratados, sem que estes tenham previsto os poderes de ação necessários para*

mercado aberto e de livre concorrência, incentivando a repartição eficaz dos recursos e observando os princípios definidos no artigo 119.º”).

⁴¹⁵ Ver, igualmente, os artigos 96.º, 173.º, 326.º, 346.º e 348.º, todos do TFUE.

⁴¹⁶ Como aliás a própria Comissão se apressou a explicar: “*The Protocol on Internal Market and Competition agreed at the European Council clearly repeats that competition policy is fundamental to the Internal Market. It retains the existing competition rules which have served us so well for 50 years. It re-confirms the European Commission's duties as the independent competition enforcement authority for Europe.*”. Comissão Europeia, Comunicado de 23.6.2007, *Statement by European Commissioner for Competition Neelie Kroes on results of June 21-22 European Council - Protocol on Internal Market and Competition*, MEMO/07/250.

⁴¹⁷ Anexo ao TUE e ao TFUE.

o efeito, o Conselho, deliberando por unanimidade, sob proposta da Comissão e após aprovação do Parlamento Europeu, adotar as disposições adequadas”. Assim, deixando de fazer parte dos objetivos da União “*um regime que garanta que a concorrência não seja falseada no mercado interno*”, a invocação desta base legal, que anteriormente já tinha demonstrado a sua utilidade para o desenvolvimento dos poderes da União no domínio da política de concorrência, poderia ser efetivamente barrada⁴¹⁸.

Depois, a importância do Protocolo sobre o mercado interno resulta do seu considerando introdutório, uma vez que passa a ser o único elemento normativo do Direito primário da União onde se recupera a ligação entre o mercado interno e *um regime que garanta que a concorrência que não seja falseada*, e que fazia parte dos textos dos Tratados desde 1957⁴¹⁹.

Todavia, e respeitando os argumentos franceses que presidiram à remoção do objetivo da garantia da concorrência não falseada do artigo 3.º TUE, esta alteração reconduz a defesa da concorrência como *instrumento* da integração, e não como objetivo da União, prejudicando eventuais tentativas de reconfiguração dos objetivos do Direito europeu da concorrência num sentido monista, reconduzido exclusiva ou principalmente a considerações de eficiência⁴²⁰.

⁴¹⁸ A título de exemplo, a base legal invocada para a adoção do Regulamento 139/2004 (o regulamento de controlo de concentrações) é, “*principalmente*”, o atual artigo 352.º TFUE (anterior artigo 308.º do Tratado CE). Neste sentido, o elemento dispositivo do Protocolo determina que “*para esse efeito, a União, se necessário, toma medidas ao abrigo do disposto nos Tratados, incluindo do artigo 352.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia*”.

⁴¹⁹ Ver artigo 51.º TUE, nos termos do qual os protocolos (e anexos) fazem parte integrante dos Tratados. O disposto no Protocolo sobre o mercado interno apresenta, para vários autores, e.g., (JONES & SUFRIN, 2011, p. 38), a reintrodução do princípio da garantia do regime da concorrência no Direito primário.

⁴²⁰ Como reconhecido pela Comissão. Ver, e.g., XL Relatório sobre a Política de Concorrência (2010), p. 6-7: “*esta abordagem mais ampla, que abrange também a proteção dos interesses dos consumidores – com vista a garantir que os mercados proporcionem os melhores resultados aos consumidores em termos de preços, produção, inovação, qualidade e diversidade dos produtos e serviços não implica, contudo, que o mercado interno tenha deixado de ser importante. Pelo*

No momento em que esta alteração – a remoção do artigo 3.º, n.º 1, al. g) do Tratado CE e a introdução do Protocolo sobre o mercado interno – se tornou conhecida⁴²¹, as discussões em torno das consequências substantivas para a política de concorrência da União assentavam, essencialmente, nas consequências a que a “despromoção” do objetivo da proteção da concorrência, simultaneamente com o desenvolvimento das disposições do Tratado em matérias sociais, e da inclusão, no TUE, do princípio da economia social de mercado⁴²², teriam na condução da política de concorrência e, em especial, na sua orientação teleológica modernizada por uma “abordagem mais económica”, especialmente no que aos seus objetivos diz respeito; e no modo como o Tribunal passaria a considerar o princípio da concorrência nos Tratados⁴²³.

Embora não caiba aqui revisitar o processo longo de negociação do Tratado de Lisboa, em particular tendo em conta o procedimento de revisão convencional que se desenvolveu desde 2007, não podemos deixar de trazer à colação neste ponto, para referência contextual, o modo como o Tratado Constitucional abordava a definição da defesa da concorrência⁴²⁴.

contrário, em termos jurídicos, o nexo entre a política de concorrência e o mercado interno foi confirmado pelo Tratado de Lisboa.”

⁴²¹ Ver Conclusões da Presidência do Conselho Europeu de Bruxelas, de 21 a 22.6.2007.

⁴²² Em especial pelo confronto com o princípio de economia de mercado aberto e de livre concorrência, que encontramos no TFUE, no que pode constituir uma fonte de conflito entre duas visões não necessariamente conciliáveis do modelo capitalista de organização económica, matéria que não será aprofundada aqui. Ver, e.g., (AZOULAI, 2008; FREIRE, 2011; JOERGES, 2004, 2006; JONES & SUFRIN, 2011, pp. 40-41).

⁴²³ Ver, e.g., (RILEY, 2007; WEITBRECHT, 2008). A natureza política desta alteração é assinalada igualmente por (GERADIN et al., 2012, pp. 29-30; JONES & SUFRIN, 2011, p. 40 e ss.; PETIT, 2008).

⁴²⁴ O processo de revisão do Tratados na origem do Tratado de Lisboa foi particularmente conturbado. O “Tratado que estabelece uma Constituição para a Europa”, negociado no âmbito da Convenção Europeia e assinado pelos representantes dos Estados-Membros a 29 de outubro de 2004, acabará por não ser ratificado na sequência da sua rejeição em referendo em França e na Holanda, na primavera de 2005. A formalização das negociações que iriam ultrapassar o impasse institucional teria lugar no Conselho Europeu de 23 de junho de 2007, com a convocação de uma Conferência Intergovernamental tendo por mandato a preparação de uma revisão dos Tratados

Desde logo, e face ao Tratado CE, o Tratado Constitucional introduzia duas alterações relevantes para a compreensão da constituição económica europeia: a referência à economia social de mercado visando o pleno emprego, enquanto definição do modelo económico proposto pela integração europeia⁴²⁵, e a garantia de um mercado interno onde a concorrência é livre e não falseada. Não obstante a necessária articulação entre os mandatos de natureza pró-concorrencial e social, estas referências introduziriam no Direito primário novos parâmetros interpretativos quanto às missões, objetivos e atividades da União, em particular ao permitirem caracterizar de forma mais angular o modelo económico proposto pela integração.

Em segundo lugar, a concorrência livre e não falseada era elencada como um dos objetivos da União⁴²⁶, num modo qualitativamente distinto do que

em vigor, abandonando a noção constituinte original na convocação da Convenção Europeia. O acordo político sobre a revisão dos Tratados na conclusão da CIG, a 18 de outubro de 2007. O Tratado Reformador (Tratado de Lisboa) será assinado pelos representantes dos governos europeus a 13 de dezembro de 2007, e na sequência de um novo processo de ratificações a nível nacional (incluindo dois referendos na Irlanda), o Tratado de Lisboa entrará em vigor no dia 1 de dezembro de 2009. Substantivamente, o Tratado de Lisboa revê profundamente o TUE e o Tratado CE, que passa a designar-se TFUE; embora abandonando qualquer referência “constitucional”, o Tratado Reformador introduz nos textos dos Tratados (reformados) UE e FUE a generalidade das soluções previstas no Tratado Constitucional, designadamente na fusão dos pilares comunitários, na incorporação da Carta dos Direitos Fundamentais e nas questões institucionais, em especial no reforço do papel do Parlamento Europeu enquanto colegislador, na revisão dos procedimentos legislativos com a extensão do processo legislativo ordinário (anterior processo de codecisão) à generalidade dos domínios de intervenção da União, ao papel do Conselho Europeu e, também, dos parlamentos nacionais. Ver, e.g., (CHALMERS, DAVIES, & MONTI, 2011, p. 34 e ss.; CRAIG, 2008; CRAIG & de BÚRCA, 2011, p. 21 e ss.; DUARTE, 2011, p. 77 e ss.).

⁴²⁵ Referência tão mais expressiva pelo facto de *constitucionalizar* um conceito económico com raízes profundas, em especial na Alemanha, onde a *wirtschaftsverfassung* alemã representa um compromisso entre uma conceção liberal de organização económica e a tónica na proteção da “Economia Social”, por um lado, e a manutenção dos traços históricos da *ordnung* ordoliberal, por outro lado. Ver, e.g. (JOERGES, 2006; JOERGES & RÖDL, 2004).

⁴²⁶ Cf. artigo I-3.º, n.º 2 do Tratado Constitucional: “a União proporciona aos seus cidadãos um espaço de liberdade, segurança e justiça sem fronteiras internas e um mercado interno em que a concorrência é livre e não falseada”.

dispunha o artigo 3.º, n.º 1, al. g) Tratado CE⁴²⁷, e que parecia corporizar alguma jurisprudência do Tribunal na autonomização da garantia da concorrência em relação à integração do mercado.

Este elemento determinaria que a prossecução dos objetivos programáticos sociais – inerentes à previsão de um modelo de *economia social de mercado* – fosse devidamente conciliada com os objetivos de um regime de concorrência não falseada. Nestes termos, do Tratado Constitucional poderia resultar uma conciliação entre os interesses de política social e a necessidade de garantir um regime de concorrência não falseada, o que poderia ser particularmente relevante para a configuração da política de concorrência em domínios onde a influência estatal continua relevante⁴²⁸.

Depois, o anterior artigo 4.º do Tratado CE (constante da Parte Primeira do Tratado CE, dedicada aos princípios da Comunidade), um dos elementos estruturantes da configuração constitucional material do princípio de concorrência, passou a ser enquadrado no Capítulo I do Título VII (Política Económica e Monetária). A redação do mesmo mantém-se praticamente inalterada, continuando a fazer referência à adoção de uma “*política económica baseada (...) no mercado interno (...) e conduzida de acordo com o princípio de uma economia de mercado aberto e de livre concorrência*”⁴²⁹.

⁴²⁷ Onde “o mercado interno” dispõe de “*um regime que garanta que a concorrência não seja falseada*”.

⁴²⁸ Uma vez mais, nas declarações de (JOUYET, 2007), os três domínios de preocupação francesa com a definição da salvaguarda da concorrência não falseada como objetivo da União seriam os serviços de interesse económico geral, os programas promovidos pela Comissão de liberalização de determinados sectores (como o sector energético) e finalmente, a necessidade de promover uma política industrial.

⁴²⁹ Em suma, os princípios nucleares da união monetária, “cujo objetivo primordial é a manutenção da estabilidade dos preços e, sem prejuízo desse objetivo, o apoio às políticas económicas gerais na União, de acordo com o princípio de uma economia de mercado aberto e de livre concorrência” (n.º 2): preços estáveis, finanças públicas e condições monetárias sólidas e balança de pagamentos sustentável (n.º 3).

A questão coloca-se assim com a definição sistemática de um modelo económico em que a *economia social de mercado* mantém-se nos objetivos da União, como proposto pelo Tratado Constitucional, mas onde o princípio de economia de mercado livre é relegado para o âmbito da política económica e monetária e o regime da concorrência não falseada é remetida para um protocolo anexo, que a define como instrumento do mercado interno⁴³⁰.

É certo que o sistema de regras fundamentais e mecanismos do Tratado relativos ao Direito da Concorrência não é afetado, sendo assegurada a sua dimensão teleológica e relação estreita com o mercado interno, que resultam não apenas da letra dos Tratados como do *acquis* jurisprudencial das últimas cinco décadas.

Mas não poderá deixar de suscitar alguma estranheza que, neste domínio, a vontade dos Estados-membros se tenha traduzido no afastamento pelo Tratado de Lisboa da interconexão expressa entre o Mercado Interno e o objetivo da concorrência livre e não falseada, constante do artigo I-3.º, n.º 2 do Tratado Constitucional, sendo essa relação apenas reiterada no Protocolo relativo ao mercado interno.

De facto, muito embora o Tratado CE não atribuisse à concorrência livre e não falseada um lugar no catálogo dos objetivos da Comunidade, o modo como o Tribunal de Justiça apreciou e aplicou o artigo 3.º, n.º 1 al. g) do Tratado CE deixa clara que, na perspetiva funcionalista e teleológica do Tribunal, a defesa da concorrência constituía efetivamente um objetivo da Comunidade.

Com o Tratado de Lisboa, assiste-se não apenas à deslocação das referências ao *princípio da economia de mercado aberto e de livre concorrência* para o capítulo respeitante à política económica e monetária⁴³¹, como ao

⁴³⁰ Neste sentido, ver (PETIT, 2008; RILEY, 2007).

⁴³¹ Muito embora, em termos sistemáticos, as referências do artigo 4.º do Tratado CE, não obstante constarem da Parte Primeira do Tratado (Princípios), digam respeito exclusivamente à política económica e monetária.

desaparecimento da ligação expressa no Tratado entre mercado interno e a concorrência livre e não falseada. Já o Tratado de Lisboa parece querer introduzir uma revisão do estatuto teleológico da promoção da concorrência no quadro do Direito da União.

Esta questão assume particular relevo no modo como a defesa da concorrência poderia (e pode) ser considerada, logo no Tratado CE, como um objetivo da Comunidade, ou apenas um instrumento da realização do mercado interno (este sim, o objetivo). E se as alterações formais na sua previsão num protocolo anexo ao Tratado anunciam uma potencial erosão da relevância deste princípio, em especial no confronto com novos princípios introduzidos no Tratado, como o da economia social de mercado.

O modo como esta questão é tratada pela jurisprudência do Tribunal, em especial nas situações de fronteira onde no passado, se encontrou sustentação no artigo 3.º, n.º 1 al. g) do Tratado CE para o desenvolvimento de uma linha de orientação clara para a definição de um princípio de concorrência no Tratado, será objeto do ponto seguinte.

3.3. O princípio da concorrência na jurisprudência do Tribunal de Justiça

A noção de que a proteção da concorrência é um objetivo enraizado no Direito da União Europeia resulta, em primeiro plano, da jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia que, na interpretação e integração das disposições do Tratado, a desenvolveu e consolidou.

Desde logo, determinando que a existência de um regime que salvaguarde a concorrência não falseada é um elemento essencial do mercado interno, depois, permitindo aventar a configuração da defesa da concorrência como um objetivo autónomo da União, distinto do (ou pelo menos não condicionado pelo) processo de integração⁴³². Se, no que respeita à primeira dimensão, os elementos

⁴³² Ver (PETIT, 2008).

jurisprudenciais disponíveis dão conta de uma consolidação efetiva da garantia da concorrência como elemento essencial do mercado interno, a segunda dimensão não é ainda evidente, não sendo por isso possível concluir por uma reformulação monista dos objetivos do Direito europeu da concorrência.

Esta questão relaciona-se diretamente com a dicotomia dos objetivos do Direito europeu da concorrência, no debate entre a integração e a eficiência, que identificamos no capítulo anterior, e que constitui um elemento nuclear do processo de modernização.

Com efeito, se numa primeira etapa do processo de integração, a determinação dos princípios operativos relacionados com a eliminação dos obstáculos artificiais ao comércio no mercado interno conjugava igualmente com noções de eficiência económica⁴³³, ainda que essencialmente “estruturalista” na abordagem, a implementação progressiva do processo de integração económica – e o seu sucesso, no que à concretização efetiva das liberdades económicas respeita – pode conduzir à relativização da política de concorrência, questão que, como se revela pela reconfiguração do quadro das disposições do Tratado nesta matéria, não pode ser considerada secundária ou meramente abstrata, revelando progressivamente os limites dessa conjugação⁴³⁴.

Todavia, o estado evolutivo atual da jurisprudência do Tribunal não nos permite chegar a conclusões unívocas. Com efeito, se podemos concluir pela existência da defesa da concorrência como objetivo da União, a *exigência existencial* a que se refere o Tribunal de Justiça no Acórdão *Continental Can*, não podemos considerar ultrapassado o padrão pluralista do Direito europeu da

⁴³³ Ver, e.g., (GERBER, 1994b, p. 103 e ss.). Ver, igualmente (DREXL, 2009; MOTTA, 2004), para quem o objetivo da integração terá sempre subjacente um elemento de eficiência.

⁴³⁴ Como apontámos supra a propósito da jurisprudência do Tribunal de Justiça nos Acórdãos *GlaxoSmithKline* e *Premier League*, mas também nos restantes exemplos de divergência na realização da abordagem mais económica nos principais domínios de aplicação das regras de concorrência. Ver, igualmente, para um resumo da discussão no confronto entre a defesa da concorrência como processo (próximo da abordagem ordoliberal ou estruturalista), ou como fim (próximo, na sua conceptualização, da Escola neoclássica), (ODUDU, 2006, pp. 14-22).

concorrência no que respeita aos objetivos que podem ser considerados na defesa da concorrência, como foi deixado claro também pelo Tribunal de Justiça no Acórdão *GlaxoSmithKline*⁴³⁵, onde abordagens mais económicas no sentido de se fazer prevalecer considerações de eficiência sobre o objetivo da concorrência enquanto *meio* de salvaguarda do processo de integração não singraram.

A jurisprudência do Tribunal neste domínio tanto respeita à aplicação das regras de concorrência a condutas empresariais⁴³⁶, como ao desenvolvimento da doutrina do efeito útil das disposições do Tratado para sujeitar a avaliação de medida estatais à luz da conceção de defesa da concorrência garantida pelo Tratado, designadamente no que respeita à regulação de profissões liberais⁴³⁷.

Neste âmbito, o Tribunal determinou, através de uma abordagem teleológica e finalista, a caracterização da defesa da concorrência como elemento fundamental da constituição económica da União, confirmando a estabilidade desse elemento constitucional material mesmo perante mutações formais politicamente motivadas e potencialmente redutoras do estatuto constitucional da concorrência. Abstraindo-se de firmar uma escolha por um objetivo específico e teleológico para o regime de defesa da concorrência garantido pelo Tratado⁴³⁸,

⁴³⁵ Ver, igualmente, o Acórdão de 16.9.2008, *Lélos kai sia e o. c. GlaxoSmithKline*, C-468/06 a C-478/06, EU:C:2008:504.

⁴³⁶ Ver, e.g., o Acórdão de 14.12.2006, *Raiffeisen Zentralbank Österreich AG e o. c. Comissão*, T-259/02 a T-264/02 e T-271/02, EU:T:2006:396, adiante “Acórdão do Tribunal Geral *Lombard Club*”; o Acórdão de 29.6.2006, *Showa Denko KK c. Comissão*, C-289/04 P, EU:C:2006:431, adiante “Acórdão *Showa Denko*”, e os Acórdãos *Continental Can*, *British Airways* e *ICI*, já citados.

⁴³⁷ Ver, e.g., o Acórdão do Tribunal Geral *Lombard Club*, já citado; Acórdão de 16.11.1977, *INNO B.M. c. ATAB*, C-13/77, EU:C:1977:185, adiante “Acórdão *INNO ATAB*”; Acórdão de 9.9.2003, *Conorzio Industrie Fiammiferi (CIF) c. Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, C-198/01, EU:C:2003:430, adiante “Acórdão *CIF*”; Acórdão de 4.9.2014, *API e o. c. Ministero delle Infrastrutture*, C-184/13 a C-187/13, C-194/13, C-195/13 e C-208/13, EU:C:2014:2147. Nesse aspeto, há igualmente a referência a jurisprudência do Tribunal em matéria de aplicação das regras de concorrência do Tratado a medidas estatais que restrinjam direta ou indiretamente a concorrência, para cujo desenvolvimento foi essencial o recurso do Tribunal à natureza fundamental das regras de concorrência no Tratado e ao dever dos Estados-Membros em garantir o seu efeito útil. Ver, e.g., (JOLIET, 1988).

⁴³⁸ Noutra perspetiva, poder-se-ia defender que a jurisprudência do Tribunal não se opõe a uma abordagem monista dos objetivos do Direito europeu da concorrência, desde que não se oponha

antes, assegurando a existência de um reduto inerente ao modelo de defesa da concorrência da União Europeia, relacionado com o fim último da integração.

Este quadro de pensamento surge plasmado, e.g., no Acórdão *Continental Can*, onde o Tribunal começa por extrair do artigo 3.º, n.º 1, al. f) do Tratado CE um verdadeiro *objetivo* da Comunidade: “*para resolver este problema, devem considerar-se ao mesmo tempo o espírito, a economia e a letra do artigo (102.º), tendo em conta o sistema do Tratado e as finalidades que lhe são próprias... O artigo (102.º) inclui-se no capítulo consagrado às normas comuns que definem a política da Comunidade no domínio da concorrência. Esta política resulta do artigo 3.º, alínea f) do Tratado, que prevê que a ação da Comunidade implica o estabelecimento de um regime que garanta que a concorrência não seja falseada no mercado comum. A argumentação das recorrentes, segundo a qual esta disposição contém apenas um programa geral desprovido de efeitos jurídicos, ignora que o artigo 3.º considera a prossecução dos objetivos que enuncia indispensável para o cumprimento das missões confiadas à Comunidade. No que diz respeito, mais especialmente, à alínea f), trata-se de um objetivo que encontra aplicação em várias disposições do Tratado, para cuja interpretação é determinante. Ao prever a instituição de um regime que garanta que a concorrência não seja falseada no mercado comum, o artigo 3.º, alínea f), exige, por maioria de razão, que a concorrência não seja eliminada. Esta exigência é tão essencial que, sem ela numerosas disposições do Tratado não teriam objeto.*”⁴³⁹.

Neste aresto, o Tribunal apresenta uma abordagem finalista às disposições do Tratado em matéria de concorrência, ancorando no artigo 3.º, n.º 1, al. f) do Tratado CE a natureza constitucional da garantia da concorrência como objetivo da União, em termos mesmo que permitem a sua autonomização

aos objetivos fundamentais da própria União. Neste sentido, a integração dos mercados continuaria a ser um objetivo prevaLENcente, em relação ao qual as considerações de eficiência económica não podem ser sobrepostas.

⁴³⁹ Acórdão *Continental Can*, n.º 22-24.

face à integração dos mercados, e que seria retomada em acórdãos subsequentes⁴⁴⁰.

Neste corpo jurisprudencial, o Tribunal de Justiça encontrou respaldo na garantia existencial do regime da concorrência e, em especial, no disposto no artigo 3.º do Tratado CE, para a identificação da garantia da concorrência como objetivo da ordem jurídica criada pelo Tratado.

Igualmente, para conciliar objetivos potencialmente conflitantes, a natureza *constitucional* da defesa da concorrência foi sublinhada pelo Tribunal de Justiça, designadamente no Acórdão *Albany International*: *“importa recordar em seguida que, nos termos do artigo 3.º, alíneas g) e i) do Tratado CE, a ação da Comunidade comporta não apenas um ‘regime que garanta que a concorrência não seja falseada no mercado interno’, mas também ‘uma política social’. O artigo 2.º do Tratado CE, declara que a Comunidade tem como missão, nomeadamente, ‘promover o desenvolvimento harmonioso e equilibrado das atividades económicas’ e ‘um elevado nível de emprego e de proteção social’... é verdade que alguns efeitos restritivos da concorrência são inerentes aos acordos coletivos concluídos entre organizações representativas das entidades patronais e dos trabalhadores. Todavia, os objetivos de política social prosseguidos por esses acordos ficariam seriamente comprometidos se os parceiros sociais estivessem sujeitos ao artigo (101.º, n.º 1) do Tratado na busca em comum de medidas destinadas a melhorar as condições de emprego e de trabalho. Resulta, assim, de uma interpretação útil e*

⁴⁴⁰ E.g., Acórdão *Courage*: “o artigo (101.º) do Tratado constitui, nos termos do artigo 3.º, alínea g), do Tratado CE, uma disposição fundamental indispensável ao cumprimento das missões confiadas à Comunidade, e, em particular, ao funcionamento do mercado interno”. Neste caso, em que se discutia a compatibilidade de uma norma de Direito inglês que impedia o ressarcimento de uma das partes num contrato declarado nulo, o Tribunal conclui, com base na natureza indispensável da proteção da concorrência, que a plena eficácia do artigo 101.º seria prejudicada se não fosse possível a qualquer pessoa ser ressarcida pelos prejuízos causados por comportamentos suscetíveis de restringir ou falsear o jogo da concorrência. Também no domínio da aplicação do artigo 102.º, o Tribunal apelou à dimensão constitucional do regime de garantia de defesa da concorrência: ver, e.g., o Acórdão *British Airways*: “o artigo (102.º) não visa apenas as práticas suscetíveis de causar um prejuízo imediato aos consumidores mas também aqueles que lhes causam prejuízo por impedirem uma estrutura de concorrência efetiva, como se refere no artigo 3.º, n.º 1, alínea g) CE” e “a proibição específica de discriminação regulada no artigo (101.º), segundo parágrafo, alínea c), CE, faz parte do regime pelo qual se garante que, nos termos do artigo 3.º, n.º 1, alínea g) CE, a concorrência não é falseada no mercado interno.” (n.ºs 106 e 143).

coerente das disposições do Tratado, no seu conjunto, que acordos concluídos no âmbito de negociações coletivas entre parceiros sociais com vista a atingir esses objetivos devem ser considerados, em razão da sua natureza e do seu objeto, como não abrangidas pelo artigo (101.º, n.º 1) do Tratado”⁴⁴¹.

Neste caso, o Tribunal sublinhou a natureza hierárquica equivalente de dois objetivos conflitantes para propor uma interpretação que garantisse um resultado útil e coerente à aplicação das regras do Tratado.

Resta assim apurar em que termos a jurisprudência do Tribunal recebe a alteração ao texto dos Tratados, pela efetiva substituição do artigo 3.º, n.º 1 al. g) do Tratado CE pelo Protocolo anexo aos TUE e TFUE relativo ao mercado interno.

Dois processos julgados após a entrada em vigor do Tratado de Lisboa ofereceram ao Tribunal a possibilidade de se pronunciar sobre o princípio da concorrência não falseada no âmbito da ordem jurídica criada pelo Tratado, e assim, uma oportunidade para sinalizar mudanças fundamentais na sua jurisprudência anterior a este respeito.

No acórdão *TeliaSonera*, num processo de reenvio prejudicial no âmbito de um recurso de anulação de uma decisão condenatória de uma autoridade nacional de concorrência por violação do artigo 102.º, o Tribunal concluiu, como elemento prévio à resposta às questões colocadas pelo tribunal nacional, que “há que observar desde logo que o artigo 3.º, n.º 3, TUE precisa que a União Europeia estabelece um mercado interno, o qual, de acordo com o Protocolo n.º 27, relativo ao mercado interno e à concorrência, anexo ao Tratado de Lisboa, inclui um sistema que assegura que a concorrência não seja falseada. Ora, o artigo 102.º TFUE conta-se entre as regras de concorrência que, como as visadas no artigo 3.º,

⁴⁴¹ Acórdão *Albany International*, n.º 54-60.

n.º 1, alínea b) TFUE, são necessárias ao funcionamento do referido mercado interno”⁴⁴².

No acórdão *Comissão c. Itália*, num processo relacionado com a recuperação de subvenções declaradas ilegais ao abrigo do regime de auxílios de Estado, o Tribunal reiterou a sua jurisprudência anterior quanto à garantia existencial de um regime de concorrência não falseada, conquanto diretamente relacionado com a integração dos mercados: *“importa recordar o carácter fundamental das disposições do Tratado em matéria de concorrência... que constituem a expressão de uma das missões essenciais conferidas à União Europeia. No momento em que o Tribunal de Justiça aprecia a oportunidade e o montante da presente sanção pecuniária compulsória, este carácter fundamental resulta do artigo 3.º, n.º 3 TUE, designadamente do estabelecimento do mercado interno, e do Protocolo n.º 27 relativo ao mercado interno e à concorrência, o qual, ao abrigo do artigo 51.º TUE, faz parte integrante dos Tratados, e nos termos do qual o mercado interno inclui um sistema que assegura que a concorrência não seja falseada”⁴⁴³.*

Estas decisões revelam que o Tribunal mantém a abordagem adotada previamente à entrada em vigor do Tratado de Lisboa às disposições de defesa da concorrência no Tratado, considerando-as parte integrante da ordem jurídica enquanto elementos fundamentais necessários à concretização dos objetivos da União. Sublinhamos, igualmente, que embora na aparência se mantenha a jurisprudência anterior, o Tribunal reconduz a garantia da defesa da concorrência, sempre, à integração dos mercados, construindo-a, pois, como um instrumento da prossecução daquela finalidade.

Como tal, na expressão do programa teleológico da concorrência, o Tribunal mantém inalterada a jurisprudência definida previamente ao Tratado de Lisboa, impedindo, todavia, a adoção de uma abordagem monista aos objetivos da defesa da concorrência no Direito da União que passe por elencar as

⁴⁴² Acórdão de 17.2.2011, *Konkurrensverket c. TeliaSonera Sverige AB*, C-52/09, EU:C:2011:83, adiante “Acórdão *TeliaSonera*”, n.ºs 20-21.

⁴⁴³ Acórdão de 17.11.2011, *Comissão c. Itália*, C-496/09, EU:C:2011:740, n.º 60.

considerações de eficiência propostas pela “abordagem mais económica” no mesmo patamar de relevância.

Mas, sublinhe-se, não impede que essas mesmas considerações sejam introduzidas na avaliação concreta das condutas empresariais e no modo como as regras de concorrência do Tratado são aplicadas em concreto.

CONCLUSÕES DA PARTE I

Em *The Antitrust Paradox*, Robert Bork afirmava que “*antitrust policy cannot be made rational until we are able to give a firm answer to one question: what is the point of the law – what are its goals? Everything else follows from the answer we give*”⁴⁴⁴.

No Direito norte-americano da concorrência o bem-estar do consumidor passou a ser o padrão de aplicação do *Sherman Act*, enquanto “*stated law of the land*”⁴⁴⁵, em boa parte devido ao trabalho de Bork e da Escola de Chicago, e pela influência por si exercida no Supremo Tribunal e na doutrina do Direito da concorrência; o debate concentra-se hoje não tanto no objetivo a prosseguir, mas na determinação do que possa ser o bem-estar do consumidor, e nos meios de o garantir através da aplicação das regras de concorrência⁴⁴⁶.

No contexto europeu, o debate em torno dos objetivos do Direito europeu da concorrência é igualmente alimentado pela necessidade de assegurar que as regras de defesa da concorrência são aplicadas em benefício dos consumidores; este é, afinal, o tema subjacente ao programa de modernização da política de concorrência no mercado interno, no essencial desde a segunda metade da década de 1990. Mas, confronta-se igualmente com um contexto histórico e político substancialmente distinto do que aquele que encontramos nos Estados Unidos. E, principalmente, confronta-se com um objetivo declarado, transversal,

⁴⁴⁴ (BORK, 1993, p. 50).

⁴⁴⁵ (ORBACH, 2011, p. 136).

⁴⁴⁶ (HOVENKAMP, 2005a, p. 1): “*few people dispute that antitrust’s core mission is protecting consumer’s right to the low prices, innovation, and diverse production that competition promises. Articulating the means to achieve this end is a different matter. Policy makers continue to dispute questions about the robustness of markets; about the extent to which strategic business behaviour exists and whether antitrust can do much about it; about where the most protection is needed and what form it should take; about the special role of antitrust in regulated or deregulated industries; and about the proper relationship between antitrust and innovation*”.

dos Tratados da União, o da integração dos mercados nacionais através da criação de um mercado interno.

A “abordagem mais económica” ao Direito europeu da concorrência pode, portanto, ser traduzida pela programação da política da concorrência de acordo com o objetivo de garantir o bem-estar dos consumidores, como na necessidade de fundamentar as decisões de aplicação das regras, de modo a que apenas os comportamentos empresariais efetivamente (ou seja, de acordo com uma fundamentação económica robusta) restritivos da concorrência sejam objeto de proibição ou sanção.

Trata-se, nesta segunda perspetiva, de introduzir alguma “modéstia”, na perspetiva da *Antitrust Enterprise* de Hovenkamp⁴⁴⁷, ao modo como o Direito da Concorrência é aplicado, mas também quanto aos resultados que dele são esperados.

No que respeita ao programa teleológico do Direito europeu da concorrência, a definição concreta de um objetivo de eficiência, modelado de acordo com o bem-estar do consumidor, não é clara.

Com efeito, embora reiteradamente referido em documentos de política de concorrência, com especial destaque para os Relatórios sobre a Política da Concorrência anuais, nos discursos de responsáveis pela política de concorrência, em especial durante o período de modernização (em que os assuntos de política de concorrência na Comissão foram geridos, sucessivamente, por Van Miert, Monti e Kroes), nas orientações e regras interpretativas emitidas pela Comissão com especial empenho na sequência (ou em preparação) da descentralização efetiva da aplicação das regras de concorrência do Tratado, o critério do bem-estar do consumidor não é apresentado, salvo raras exceções, em especial no domínio do controlo de concentrações e nas Orientações de 2009 relativas às prioridades da Comissão

⁴⁴⁷ Ver, para uma perspetiva crítica, a recensão de Daniel Crane à obra de Herbert Hovenkamp, em (CRANE, 2007).

quanto à aplicação do artigo 102.º a determinados comportamentos abusivos⁴⁴⁸, como um elemento operativo condicionante da aplicação das regras de concorrência, outrossim como um resultado expectável da sua aplicação.

Por outro lado, na jurisprudência do Tribunal, a *ultima ratio* do sistema institucional de garantia da ordem jurídica criada pelo Tratado e responsável pela interpretação final das regras do direito originário, este critério não é igualmente determinante do modo como os conceitos elementares do regime de defesa da concorrência são aplicados.

Com efeito, e ao contrário do que sucedeu nos Estados Unidos, onde o Supremo Tribunal abraçou os postulados da Escola de Chicago mesmo antes de estes serem dominantes em termos académicos, o Tribunal de Justiça mantém na integração dos mercados um elemento condutor da sua jurisprudência, expressamente desconsiderando argumentos de eficiência quando confrontado com uma situação clara (ainda que justificável) de repartição de mercados, como deixou claro, v.g., no Acórdão *GlaxoSmithKline*⁴⁴⁹.

O mesmo se refira quanto à garantia da concorrência enquanto liberdade empresarial, um elemento essencial da *ordnung* constitucional ordoliberal, que continua igualmente presente na jurisprudência do Tribunal.

É, assim, necessário reconhecer que a eficiência não é o único objetivo que deve ser tido em conta na aplicação das regras do Tratado⁴⁵⁰, da mesma forma que não está demonstrado que a aplicação das regras do Tratado apenas

⁴⁴⁸ E mesmo aí, como notamos supra, devidamente temperadas por considerações relativas à integração dos mercados e à garantia da liberdade dos concorrentes, que podem determinar uma abordagem distinta da que resultaria da aplicação *qua tal* dos critérios de eficiência modelados pelo bem-estar do consumidor.

⁴⁴⁹ Para uma análise crítica aos incentivos perniciosos que podem resultar da prevalência do princípio da integração de mercados, dando como exemplo as investigações da Comissão que estão na origem desta jurisprudência, ver (BISHOP & WALKER, 2010, pp. 7-8).

⁴⁵⁰ Ver, e.g., (ODUDU, 2006, p. 178 e ss.), o qual, defendendo embora uma interpretação do artigo 101.º em torno de elementos de eficiência, reconhece que a necessidade de ponderar objetivos conflitantes pode determinar um juízo de afastamento dessas considerações.

de acordo com um padrão de eficiência e de bem-estar do consumidor é plenamente compatível com um sistema normativo que tem também por objetivo garantir a integração dos mercados e a liberdade empresarial⁴⁵¹. Nem que garanta maior previsibilidade nos resultados concretos da aplicação das normas.

Com efeito, ao determinar como elemento essencial da aplicação das normas um juízo de prognose relativo aos efeitos possíveis no mercado e no bem-estar do consumidor, uma abordagem baseada nos efeitos da prática (*“effects-based”*), colocando a tónica no efeito restritivo ou anticoncorrencial causado pela prática, impõe também uma avaliação casuística dificilmente compatível com a praticabilidade, previsibilidade e segurança necessárias à aplicação das regras e à sua compreensão pelos agentes económicos; a contrapartida – a definição clara do conjunto de comportamentos que se consideram *absolutamente* proibidos, satisfazendo todavia a expectativa da previsibilidade, é dificilmente compatível num sistema que admite, em teoria, a possibilidade de justificação de qualquer comportamento que se considere restritivo da concorrência.

Na aplicação concreta das regras, e no que nos interessa, na aplicação do artigo 101.º TFUE, as considerações de eficiência e, se quisermos, da abordagem mais económica, podem, todavia, representar um elemento fundamental na determinação do âmbito de aplicação e, em especial, do âmbito da proibição de determinadas condutas.

O modelo europeu admite uma pluralidade de objetivos inerentes à aplicação das regras: objetivos intrinsecamente económicos, como a obtenção de eficiência e o bem-estar do consumidor; e objetivos normativos específicos do

⁴⁵¹ Ver (DREXL, 2009).

modelo europeu, como a garantia de liberdade empresarial e a integração dos mercados⁴⁵².

A abordagem mais económica obriga, necessariamente, a uma avaliação concreta das práticas empresariais com vista à aplicação de normas restritivas da liberdade empresarial, impedindo a punição de práticas empresariais que não constituem restrições da concorrência, mas sem nunca perder de vista os objetivos da integração e da liberdade económica que conformam, e no limite, condicionam, a consideração exclusiva do resultado mais eficiente.

⁴⁵² Elementos que, embora igualmente “económicos”, não são considerados objetivos legítimos das regras de concorrência na perspectiva neoclássica.

**II PARTE: O CONCEITO DE RESTRIÇÃO DA CONCORRÊNCIA PELO OBJETO
NO ARTIGO 101.º, N.º 1 DO TRATADO SOBRE O FUNCIONAMENTO DA
UNIÃO EUROPEIA**

INTRODUÇÃO E SEQUÊNCIA DA EXPOSIÇÃO

Na II Parte da nossa tese abordamos o conceito de “restrição da concorrência pelo objeto” no artigo 101.º e a sua concretização à luz da abordagem “modernizada” à proibição do artigo 101.º, n.º 1 no Livro Branco de 1999.

Na I Parte, concluímos que o discurso da abordagem mais económica ao Direito europeu da concorrência, e em especial, à aplicação do artigo 101.º, n.º 1, revela alguma ambivalência quantos aos objetivos da modernização e quanto aos meios a empregar na sua prossecução.

Por um lado, e quanto aos objetivos, a introdução de um conjunto extenso de instrumentos de auxílio à interpretação das regras de concorrência, sob a forma de Orientações administrativas emanadas da Comissão, nos diversos domínios relevantes de aplicação das normas do Tratado⁴⁵³, a partir do final da década de 1990 – mas também no *discurso* da política de concorrência a nível da União, como resulta das diversas intervenções em conferências e publicações, bem como nos Relatórios anuais sobre a Política de Concorrência – coloca a tónica da aplicação das regras de concorrência na promoção do bem-estar do consumidor⁴⁵⁴, e no objetivo de integração dos mercados⁴⁵⁵. Tais objetivos,

⁴⁵³ Note-se que no período que antecede imediatamente a entrada em vigor do Regulamento 1/2003, e nos anos seguintes, a Comissão Europeia aprovou um conjunto de orientações relativas aos principais conceitos materiais inerentes à aplicação do Direito europeu da concorrência. A título meramente indicativo, neste período serão emitidas orientações relativas à definição de mercados relevantes, ao conceito de afetação do comércio entre Estados, à interpretação do artigo 101.º, n.º 3, às restrições verticais (acompanhando o respetivo Regulamento de Isenção por Categoria), aos acordos de transferência de tecnologia, e aos acordos de cooperação horizontal. Sendo documentos de auto-vinculação administrativa, que não vinculam o Tribunal nem as autoridades nacionais (cf., como referimos anteriormente, o Acórdão *Pfleiderer* e o Acórdão *Expedia* a este respeito), estes documentos configuram importantes instrumentos auxiliares à interpretação das normas formais do Tratado e dos princípios materiais do Direito europeu da concorrência, inserindo-se, como sublinhámos *supra*, no esforço da Comissão em garantir a aplicação coerente do Direito europeu da concorrência no âmbito de um sistema descentralizado e concorrencial de aplicação das normas do Tratado.

⁴⁵⁴ Optando, portanto, por uma das hipóteses possíveis no catálogo da “abordagem mais económica”, em detrimento, designadamente, do bem-estar total. Ver (MOTTA, 2004, p. 18 e ss.).

quando colocados em confronto, podem originar circunstâncias em que um acordo economicamente eficiente é, à luz dos objetivos conflitantes do Direito europeu da concorrência, abrangido pela proibição⁴⁵⁶.

Em tal situação, a qualificação dessa restrição como uma infração ao artigo 101.º, n.º 1 coloca as empresas envolvidas na difícil posição de dever demonstrar o preenchimento das condições de justificação do artigo 101.º, n.º 3, o que, à luz da interpretação restritiva que resulta das atuais Orientações sobre a aplicação do artigo 101.º, n.º 3, publicadas em 2004, poderá implicar uma *probatio diabolica*.

Por outro lado, e quanto aos meios, a abordagem mais económica à aplicação das regras de concorrência, assente numa maior preocupação com a análise dos efeitos das práticas na concorrência, deve ser confrontada com a prática decisória da Comissão no período pós-modernização, i.e., na sequência da entrada em vigor do Regulamento 1/2003.

Para este efeito, não podemos deixar de sublinhar que, a nível dos instrumentos normativos de *soft law* da Comissão, e não obstante a revisão do Regulamento de Isenção por Categoria e das Orientações relativas às restrições verticais, em 2010, e das Orientações relativas aos acordos de cooperação horizontal, em 2011, as Orientações relativas à aplicação do artigo 101.º, n.º 3

⁴⁵⁵ Correspondendo, pois, a uma posição mais económica – e mais restrita – sobre os objetivos a prosseguir pela Política de Concorrência. Confronte-se com a posição assumida pela Comissão, e.g., no seu XIII Relatório sobre a Política de Concorrência (1983), p. 11: “*the Commission’s work of administering competition policy cannot be encapsulated by the sole objective of removing distortions caused by anti-competitive practices or State aids which are liable to interfere with inter-State trade. Competition policy also contributes to improving the allocation of resources and raising the competitiveness of Community industry, and thanks to this greater competitiveness, secured largely by encouragement of research and development, to enabling the Community at length to overcome the economic problems now facing it and in particular to combat structural unemployment. In this way competition policy can play its part, with other Community policies, in securing a lasting economic recovery*”.

⁴⁵⁶ Caso tornado evidente no Acórdão *GlaxoSmithKline*, onde um modelo de negócio potencialmente eficiente e que pode não afetar o bem-estar do consumidor em termos de preços, quantidades ou outras variáveis relevantes é afastado por implicar uma segmentação artificial dos mercados nacionais, em conflito direto com o objetivo de integração dos mercados.

(de 2004), continuam a ser a principal ilustração do modo como a Comissão considera a aplicação mais económica das regras do Tratado aplicáveis aos acordos entre empresas⁴⁵⁷.

Para além do quadro normativo aplicável, impõe-se passar em revista a prática decisória da Comissão na sequência da entrada em vigor do Regulamento 1/2003, no sentido de apurar em que medida essa abordagem mais económica transparece do acervo decisório. Nestes domínios, como referimos já, a abordagem mais económica da Comissão à aplicação do artigo 101.º, n.º 1, tem-se pautado por uma manifesta ausência de atuação centrada na *análise dos efeitos* das práticas, exceção feita às decisões adotadas no âmbito do funcionamento de sistemas de pagamentos com cartão, onde encontramos os únicos exemplos hodiernos de proibição de uma conduta empresarial exclusivamente pelo seu efeito restritivo.

Em bom rigor, a modernização assente na descentralização administrativa e na criação de uma rede de autoridades nacionais de concorrência⁴⁵⁸, permitiu à Comissão centrar os seus esforços de investigação e na punição de cartéis, que constituem, atualmente, o principal enfoque da atuação da Comissão a nível da aplicação do artigo 101.º, n.º 1⁴⁵⁹.

⁴⁵⁷ Ver as Orientações sobre a aplicação do artigo 101.º, n.º 3, em esp. n.ºs 19 a 24.

⁴⁵⁸ Ver, em especial, o artigo 11.º e ss. do Regulamento 1/2003, relativo à cooperação entre a Comissão e as autoridades dos Estados-Membros responsáveis em matéria de concorrência, a Comunicação da Comissão sobre a cooperação no âmbito da rede de autoridades da concorrência, JO C 101, de 27.4.2004, e a “Declaração conjunta do Conselho e da Comissão sobre o funcionamento da rede de autoridades responsáveis em matéria de concorrência”. Ver, igualmente, a Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho, “*Ten years of antitrust enforcement under Regulation 1/2003: achievements and future perspectives*”, COM(2014) 453, n.º 4: “*Regulation 1/2003 has given the Commission greater scope to set its priorities, enabling it to devote more resources to investigating cases and conducting inquiries in key sectors of the economy suffering from market distortions*”; e n.º 11: “*The Commission has prioritised the fight against cartels, the most pernicious anti-competitive infringement*”. Para uma avaliação geral (e quantitativa) da aplicação do Regulamento 1/2003, ver (W. WILS, 2013).

⁴⁵⁹ Ver artigo 7.º do Regulamento 1/2003.

Por outro lado, determinados instrumentos administrativos introduzidos ou revistos neste período, vieram reforçar os aspetos de modernização processual do sistema de aplicação das regras de concorrência do Regulamento 1/2003, designadamente o programa de clemência⁴⁶⁰, o procedimento de apresentação de compromissos⁴⁶¹, assente na possibilidade prevista pelo

⁴⁶⁰ A Comissão introduziu o seu primeiro programa de incentivos à denúncia e cooperação na investigação de cartéis em 1996 (Comissão Europeia, Comunicação da Comissão relativa à imunidade em matéria de coimas e à redução do seu montante nos processos relativos a cartéis, JO C 207/4, de 18.7.1996), tendo sido posteriormente alterado em 2002 (Comissão Europeia, Comunicação da Comissão relativa à imunidade em matéria de coimas e à redução do seu montante nos processos relativos a cartéis, JO C 45, de 19.2.2002), 2006 (Comissão Europeia, Comunicação da Comissão relativa à imunidade em matéria de coimas e à redução do seu montante nos processos relativos a cartéis, JO C 298, de 8.12.2006) e finalmente revisto em 2015 (Comissão Europeia, Comunicação da Comissão alterações à Comunicação relativa à imunidade em matéria de coimas e à redução do seu montante nos processos relativos a cartéis, JO C 256, de 5.8.2015, adiante “Comunicação relativa ao programa de clemência”). A adoção de programas de clemência análogos pelas ANC (por exemplo, entre nós introduzido pela Lei n.º 39/2006, de 25 de agosto), a necessidade de articular a sua aplicação em especial em relação a infrações que afetem potencialmente vários Estados-Membros, levou a Rede Europeia de Concorrência a adotar, em 2006, o “programa-modelo de clemência”, revisto em 2012, que tem por objetivo, através de uma harmonização *soft* (o programa-modelo foi adotado por resolução das ANC), que serve de modelo a adotar por cada ANC – no limite das suas atribuições e competências internas – no tratamento dos pedidos de clemência e na cooperação com outras ANC.

⁴⁶¹ Ver artigo 9.º do Regulamento 1/2003. Ver, igualmente, Acórdão de 29.6.2010, *Comissão c. Alrosa*, proc. C-441/07 P, EU:C:2010:377, adiante, “Acórdão Alrosa”, n.º 34-35: “*Decorre do artigo 9.º do Regulamento n.º 1/2003 que a Comissão, quando tenciona aprovar uma decisão que exige a cessação de uma infração, pode tornar obrigatórios os compromissos propostos pelas empresas em causa, quando estes são susceptíveis de responder às preocupações concorrenciais identificadas na sua apreciação preliminar. Trata-se de um novo mecanismo introduzido pelo Regulamento n.º 1/2003, que visa assegurar uma aplicação eficaz das regras de concorrência previstas no Tratado CE, através da aprovação de decisões que tornam obrigatórios os compromissos propostos pelas partes e considerados apropriados pela Comissão, a fim de proporcionar uma solução mais rápida aos problemas de concorrência que identificou, em vez de agir por via da declaração formal de uma infração. Mais especificamente, o artigo 9.º do referido regulamento inspira-se em considerações de economia processual e permite às empresas participar plenamente no procedimento, propondo soluções que lhes pareçam as mais apropriadas e adequadas para responder às referidas preocupações da Comissão*”. Este modelo de aplicação das regras de concorrência pelo qual as empresas *participam plenamente no procedimento* dá origem a um sistema de aplicação “consensualizada”, com riscos eventuais para a legitimidade da atuação sancionatória. Ver, neste sentido, (LIANOS, 2016) e, de modo mais cauteloso quando aos riscos deste instrumento de “economia processual”, (W. WILS, 2015), dando nota que mais de metade das decisões adotadas pela Comissão desde a entrada em vigor do Regulamento 1/2003, com exceção dos processos de cartel, assentam no artigo 9.º; todavia, o mesmo autor sublinha que já ao abrigo do Regulamento 17/62 a Comissão adotava decisões “informais” de arquivamento mediante a adoção de compromissos, e que neste aspeto o “quantum” decisório não se alterou significativamente com o Regulamento 1/2003. Com efeito, ao abrigo do artigo 9.º, a Comissão não conclui definitivamente pela existência de uma infração às regras da concorrência, permitindo encerrar um

Regulamento 1/2003 de as empresas visadas numa investigação poderem propor o encerramento de um processo por eventual infração às normas do Tratado, mediante a apresentação de compromissos destinados a resolver problemas concorrenciais identificados preliminarmente pela Comissão, e, finalmente, o procedimento de transação⁴⁶², que permite a conclusão de um processo mediante a adoção de uma decisão de proibição com uma redução da sanção pecuniária a aplicar, permitindo à Comissão, na sua prática processual, não desenvolver e aprofundar de modo significativo a distinção entre restrições pelo objeto e restrições pelo efeito.

procedimento mediante a adopção de comportamentos pelas empresas que sejam adequados a resolver as preocupações concorrenciais identificadas preliminarmente, mas que não chegam a ser qualificados como restrições da concorrência e infrações ao artigo 101.º, n.º 1. Tendo a vantagem clara da economia de recursos, apresenta todavia alguns constrangimentos na perspectiva da política da concorrência, em especial quando aplicada a questões de facto novas ou ainda não decididas em precedentes administrativos ou judiciais anteriores, uma vez que manterá o tratamento jus-concorrencial de questões idênticas que surjam no futuro num limbo maior de incerteza, precludindo o desenvolvimento de um corpo de precedentes sólidos, com relevância normativa ou, pelo menos, de orientação para as condutas empresariais futuras. Sublinhado os benefícios das decisões de proibição para a aplicação dos artigos 101.º e 102.º, designadamente pela clarificação do seu alcance e pela dimensão preventiva e orientadora de condutas empresariais futuras, ver (W. WILS, 2006, p. 345 e ss.).

⁴⁶² O procedimento de transação para processos de investigação a acordos de cartel foi introduzido no sistema processual europeu em 2008, pelo Regulamento (CE) n.º 622/2008 da Comissão, de 30.6.2008, que altera o Regulamento (CE) n.º 773/2004, no que se refere à condução de procedimentos de transação nos processos de cartéis, JO L 171, de 1.7.2008, adiante “Regulamento relativo a processos de transação”. Cf., ainda, a Comunicação da Comissão relativa à condução de procedimentos de transação para efeitos da adopção de decisões nos termos do artigo 7.º e do artigo 23.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003 do Conselho nos processos de cartéis, JO C 167, de 2.7.2008, adiante “Comunicação relativa a processos de transação”. Os procedimentos de transação oferecem às autoridades que os implementam e às empresas que neles participem a vantagem de poderem concluir uma investigação que pode ser longa e complexa, permitindo a poupança de recursos e uma maior eficiência na gestão de processos; também para as empresas envolvidas, que terão em consideração os encargos associados a um processo desta natureza (custos legais, recurso a consultores económicos, custos de imagem, entre outros), a possibilidade de poderem resolver rapidamente uma investigação pode ter vantagens, em especial se os elementos probatórios já recolhidos forem sólidos e a participação no cartel seja dificilmente contestável. Por isso mesmo, este procedimento complementa o programa de clemência, permitindo aumentar o incentivo direto pela denúncia e colaboração na investigação, acrescentando ao desconto que eventualmente resulte da aplicação daquele programa uma redução adicional de 10% sobre o valor da sanção final. Cf. Comunicação relativa a processos de transação, n.º 1.

Tendo cada um destes procedimentos naturezas e consequências distintas, tanto a nível processual como substantivo⁴⁶³, o seu sentido genérico – a redução dos encargos processuais inerentes a investigações complexas e demoradas, a simplificação das decisões de proibição e a redução da litigância normalmente associada a processos desta natureza – abunda numa menor pressão para a densificação dos juízos de avaliação da compatibilidade de certas práticas com o artigo 101.º, n.º 1, ou em alternativa da sua justificação, contribuindo para o risco de um progressivo empobrecimento das orientações materiais relativas à aplicação das regras de concorrência, num sistema que, recorde-se, assenta também na autoavaliação da legalidade pelas próprias empresas.

Esta consequência da modernização adjetiva é uma emanção direta da natureza dos procedimentos em causa, que incentivam as empresas a aceitar a imputação simplificada de infrações às regras de concorrência e o pagamento de uma sanção pecuniária mais reduzida, mediante, entre outros possíveis benefícios diretos e indiretos⁴⁶⁴, o reconhecimento que a decisão final terá um desenvolvimento, tanto a nível factual como de elaboração da teoria do dano

⁴⁶³ Assim, o procedimento de clemência, implicando todavia a admissão de participação na infração por parte da empresa denunciante, é essencialmente um instrumento de investigação, que permite a recolha direta de indícios e provas relativas à existência de um acordo de cartel, muitas vezes no decurso da comissão dos factos, e facilita a orientação da investigação; um procedimento de transação terminará igualmente com uma decisão condenatória, reforçada pela admissão da participação na infração por parte das empresas infratores, mas tem uma maior componente de eficiência processual. A sua maior vantagem consistirá, em abstrato, na redução do tempo das investigações e na limitação da litigiosidade inerente a processos desta natureza. Finalmente, um procedimento de compromissos distingue-se substancialmente dos instrumentos anteriores, por não implicar qualquer admissão de participação das empresas investigadas numa infração, uma vez que o processo será concluído sem que seja identificada uma infração às regras da concorrência, apenas “preocupações” que deverão ser resolvidas pelos compromissos apresentados pelas empresas envolvidas.

⁴⁶⁴ Para uma discussão dos benefícios e desvantagens do recurso, tanto pelas autoridades administrativas como pelas empresas envolvidas em investigações, a procedimentos de transação, ver (ASCIONE & MOTTA, 2009). Uma análise recente dos procedimentos de transação concluídos pela Comissão pode ser encontrada em (LAINA & BOGDANOV, 2014), notando em especial o sucesso prático do procedimento de transações, tendo em conta o número de processos que foram concluídos mediante transação após a introdução do procedimento (e.g., no período 2013-2014, cinco em seis decisões relativas a cartéis envolveram procedimentos de transação) (ob. cit., p. 727).

subjacente, mais sucinto⁴⁶⁵: assim, a generalidade das decisões de proibição da Comissão adotadas no período entre 2004 e 2016 respeitam a restrições pelo objeto, normalmente correspondentes a acordos de cartel⁴⁶⁶. Nestes casos, a Comissão satisfaz-se normalmente com a identificação do objeto restritivo, deduzindo da execução do acordo a verificação do efeito restritivo da prática⁴⁶⁷.

⁴⁶⁵ Note-se, todavia, que o procedimento de transação não implica uma renúncia ao direito de recurso da decisão final, naturalmente por parte das empresas que não estão envolvidas no procedimento de transação, mas também por parte daquelas que nele acederam. Com efeito, a decisão adotada no termo do procedimento será uma decisão de proibição que aplica uma coima e, como tal, está sujeita ao controlo judicial (cf. Comunicação relativa a processos de transação, n.º 41). Até ao presente, conhecem-se dois recursos de decisões resultantes do procedimento de transação: o recurso da Société General perante o Tribunal Geral, da Decisão da Comissão, de 4.12.2013, no proc. AT.39914, *Euribor*, e o recurso da Printeos perante o Tribunal Geral, da Decisão da Comissão, de 10.12.2014, no proc. AT.39780, *Envelopes*. Quanto ao primeiro, foi retirado na sequência da redução da sanção pecuniária fixada pela Comissão em procedimento de transação, após reavaliação do volume de negócios relevante da Société General (cf. comunicado da Comissão, de 4.12.2013, IP/13/1208, alterado a 6.4.2016 dando nota da alteração do montante da coima aplicada à Société General). O segundo recurso foi decidido pelo Tribunal Geral na fase de conclusão da presente dissertação: ver Acórdão de 13.12.2016, *Printeos e o. c. Comissão*, T-95/15, EU:T:2016:722, por publicar, adiante “Acórdão do Tribunal Geral *Printeos*”. O Tribunal Geral anulou a decisão da Comissão por violação do dever de fundamentação quanto às diferentes medidas de redução das coimas aplicadas às empresas envolvidas no procedimento de transação, no que constitui a primeira anulação de uma decisão adotada no âmbito do procedimento de transação. Finalmente, refira-se ainda que, em Portugal, o procedimento de transação foi introduzido através da Lei da Concorrência, na revisão de 2012 (os artigos 22.º e 27.º da Lei da Concorrência preveem este procedimento para as fases de inquérito e de instrução, respetivamente), com algumas diferenças substantivas face ao regime europeu. Assim, enquanto o procedimento de transação da Comissão destina-se apenas a processos de investigação de acordos de cartel (cf. Comunicação relativa a processos de transação, n.º 1), o legislador nacional entendeu não limitar o âmbito objetivo deste procedimento, que é aplicável a qualquer infração à Lei da Concorrência ou às normas do Tratado (Cf. AdC, Linhas de orientação sobre a instrução de processos relativos à aplicação dos artigos 9.º, 11.º e 12.º da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio e dos artigos 101.º e 102.º do TFUE, de 22.3.2013, adiante “Linhas de orientação sobre a instrução de processos”, n.º 144); por outro lado, “os fatos confessados pelo visado pelo processo na decisão condenatória ... não podem ser judicialmente impugnados” (cf. artigos 22.º, n.º 13, e 27.º, n.º 8, da Lei da Concorrência), pelo que o recurso ao procedimento de transação implica uma renúncia ao direito de impugnação judicial dos fatos, mas não impede o recurso judicial, v.g., no caso de preterição de direitos do visado no processo (direitos de defesa, igualdade de tratamento com outros visados, ou proporcionalidade da decisão). Ver e.g., (MONIZ et al., 2016, p. 237).

⁴⁶⁶ Para uma discussão sobre a atividade de investigação a cartéis na União Europeia, ver (MOTTA, 2008).

⁴⁶⁷ Um acordo de cartel, enquanto restrição da concorrência pelo objeto, é proibido independentemente dos seus efeitos, pelo que a Comissão não só não precisa de provar que o mesmo foi implementado, como também está dispensada de demonstrar que da sua eventual implementação tenha resultado um qualquer impacto negativo na concorrência (ver, e.g., Acórdão de 8.7.1999, *Hüls AG c. Comissão*, C-199/92 P, EU:C:1999:358, adiante “Acórdão *Hüls*”,

Este é um ponto que merece reflexão, uma vez que a utilização de instrumentos de economia processual, na resolução de questões inovadoras em Direito da concorrência, ou onde a aplicação das regras à luz de mecanismos e instrumentos tradicionais pode necessitar de uma reflexão mais ponderada, pode desvirtuar a efetividade das regras em prol da resolução circunstanciada e casuística de algumas preocupações individuais que, à luz das próprias regras processuais que habilitam a adoção destas decisões, não concitam uma conclusão definitiva quanto à compatibilidade dessas condutas com a proibição do artigo 101.º, n.º 1, nem desenvolvem uma avaliação clara do seu potencial benefício, à luz do artigo 101.º, n.º 3⁴⁶⁸.

A possibilidade de justificação de comportamentos restritivos da concorrência é um dos elementos distintivos do Direito europeu da

n.ºs 163 a 166), muito embora a Comissão possa demonstrar a existência de um impacto no mercado em resultado da implementação do cartel, ou seja, de um efeito restritivo. Ver, e.g., Acórdão de 27.2.2014, *LG Display e o. c. Comissão*, T-128/11, EU:T:2014:88, por publicar, n.º 78: *“it is apparent from Table 2 and recitals 88 and 89 of the contested decision that, between January and June 2002, sales, by the applicants, of certain cartelised LCD panels were made to a very great extent at prices influenced by the cartel. Since the applicants themselves have admitted that they supplied more than 50% of LGE’s and Philips’ purchases, even close to 100% for some products, and that those companies taken together accounted for approximately 80 to 85% of the applicants’ sales in the EEA, it must be concluded that those sales were made to a large extent at prices influenced by the cartel. Although, as the applicants have pointed out in their written response to a question from the Court, the prices charged by them did not coincide exactly with those decided on in the framework of the cartel, it must be stated that the prices charged by the applicants followed the same upward trend as that of the prices decided upon in the cartel”*. Esta demonstração terá uma consequência processual relevante, uma vez que é um dos elementos agravantes da sanção pecuniária a aplicar pela Comissão. Cf. Comunicação da Comissão, Orientações para o cálculo das coimas aplicadas por força do n.º 2, alínea a), do artigo 23.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003, JO C 210, de 1.9.2006, adiante “Comunicação sobre o cálculo de coimas”, n.º 22.

⁴⁶⁸ Note-se que, ao abrigo do artigo 10.º do Regulamento 1/2003, a Comissão pode adotar uma decisão de não aplicabilidade, *“sempre que o interesse público comunitário relacionado com a aplicação dos artigos 81.º e 82.º do Tratado assim o exija”*, nos termos da qual pode *“declarar oficiosamente que o artigo 81.º do Tratado não se aplica a um acordo, decisão de associação de empresas ou prática concertada, quer por não estarem preenchidas as condições do n.º 1 do artigo 81.º do Tratado, quer por estarem preenchidas as condições do n.º 3 do artigo 81.º do Tratado”*. Ao contrário das decisões adotadas ao abrigo do artigo 9.º, que correspondem à maioria das decisões formais adotadas pela Comissão ao abrigo do Regulamento 1/2003 (excluindo as decisões em processos de cartel), a Comissão não adotou até ao presente qualquer decisão de não aplicabilidade, ao abrigo do artigo 10.º.

concorrência. O modo como a Comissão o introduz em relação às práticas mais graves, todavia, parece denunciar uma irresistível tendência para a convalidação dessa hipótese numa mera conjectura, nunca verificável na prática⁴⁶⁹; o recurso ao conceito de restrição da concorrência pelo objeto em relação a práticas cuja nocividade para a concorrência pode não ser clara, por outro lado, condiciona a invocação dos pressupostos da justificação individual à luz da interpretação restritiva dos mesmos nas Orientações de 2004.

A modernização da aplicação do artigo 101.º, n.º 1 e a consideração de uma avaliação contextual extensiva na avaliação do objeto restritivo da concorrência, como parece por vezes resultar da jurisprudência do Tribunal de Justiça⁴⁷⁰, deixam em suspenso a aplicação do n.º 3, suscitando, pois, a questão da sua aplicabilidade prática.

Concluiremos o capítulo 3 pela avaliação dos impactos da modernização do Direito europeu da concorrência no Direito nacional da concorrência em matéria de acordos entre empresas, com particular destaque à aplicação do conceito de restrição da concorrência pelo objeto na prática decisória da Autoridade da Concorrência e na jurisprudência dos Tribunais nacionais – de primeira instância e de recurso – que sobre esta temática se têm debruçado, avaliando para o efeito as decisões proferidas em sede de impugnação judicial das decisões da Autoridade da Concorrência; identificaremos – como já noutra

⁴⁶⁹ Ver, a este respeito, as Orientações sobre a aplicação do artigo 101.º, n.º3, n.º 46: “O n.º 3 do artigo 81.º não exclui, a priori, do seu âmbito determinados tipos de acordos. Em princípio, todos os acordos restritivos que satisfaçam as quatro condições do n.º 3 do artigo 81.º são abrangidos pela excepção. Contudo, é improvável que restrições graves da concorrência satisfaçam as condições do n.º 3 do artigo 81.º. Tais restrições são normalmente excluídas dos regulamentos de isenção por categoria ou identificadas como restrições graves nas orientações e comunicações da Comissão. Regra geral, os acordos desta natureza não satisfazem (pelo menos) as duas primeiras condições enunciadas no n.º 3 do artigo 81.º: não geram benefícios económicos nem beneficiam os consumidores. Por exemplo, um acordo horizontal que tenha por objetivo a fixação dos preços limita a produção, originando uma deficiente afectação dos recursos. Além disso, transfere valor dos consumidores para os produtores, na medida em que conduz a preços mais elevados sem proporcionar qualquer compensação aos consumidores do mercado relevante. Por último, estes tipos de acordos não satisfazem, regra geral, a terceira condição relativa à indispensabilidade.”

⁴⁷⁰ Referimo-nos, em particular, ao Acórdão *Allianz Hungária*.

ocasião⁴⁷¹ – uma osmose deste naquele, o que se torna ainda mais evidente na construção argumentativa das restrições identificadas pela Autoridade, mesmo nos casos em que não há lugar à aplicação das normas do Tratado.

Assim, a segunda parte do capítulo 3 centra-se na prática decisória da Autoridade da Concorrência, que é, no âmbito da descentralização introduzida pelo Regulamento 1/2003, a autoridade administrativa competente para a aplicação das regras de defesa da concorrência no Tratado em Portugal.

Iremos assim procurar determinar, através da análise do acervo de decisões da AdC⁴⁷², o modo como a aplicação do Direito nacional e europeu da concorrência, em sede da investigação e punição de acordos restritivos da concorrência, é orientado pela abordagem mais económica que orienta a modernização substantiva do Direito europeu da concorrência, em especial no que respeita à qualificação de acordos restritivos pelo objeto ou pelo efeito.

O modo como a AdC e os tribunais nacionais têm vindo a invocar a jurisprudência europeia e a prática da Comissão nos processos exclusivamente nacionais será por isso identificado como elemento caracterizador do Direito nacional da concorrência, consequência porventura necessária da descentralização do Direito europeu da concorrência.

Após considerarmos o tratamento das restrições por objeto na prática decisória da Comissão e da AdC, nos capítulos 4 e 5 procuramos definir os elementos nucleares do conceito de restrição da concorrência pelo objeto na jurisprudência do Tribunal e, em particular, o modo como o Tribunal de Justiça – em diálogo com a Comissão, com os órgãos jurisdicionais nacionais e, a partir de 1989, na dialética com o Tribunal Geral – identifica, aceita e delimita a existência de uma restrição da concorrência pelo objeto.

⁴⁷¹ Ver (FERREIRA, 2011). Ver, igualmente (RUIZ, 1999).

⁴⁷² Em aplicação do artigo 4.º da Lei n.º 18/2003, de 11 de junho, do artigo 9.º da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio e/ou em aplicação do artigo 101.º TFUE.

Assim, interessam-nos as condições que o Tribunal coloca à identificação de uma restrição da concorrência pelo objeto perante a aparente expansão progressiva desta categoria para além das restrições *óbvias e manifestas*⁴⁷³, num eventual contrassenso com a abordagem mais económica proposta pela política da concorrência, mas que poderá ser explicada em resultado do enfoque que a atuação sancionatória da Comissão e das ANC têm dedicado às restrições pelo objeto.

Definidos os elementos essenciais da jurisprudência, debatemos a apreciação do conceito de restrição da concorrência pelo objeto na “idade moderna” do Direito europeu da concorrência.

Para efeito, iremos analisar o modo como esta categoria de restrições da concorrência é definida e caracterizada na jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia, procurando daí extrair os elementos materiais relevantes para a sua apreciação no caso concreto, e determinar em que termos esta se baliza pela a “abordagem mais moderna” ao Direito europeu da concorrência, como discutido na I Parte.

Seja pelo recurso a conceitos vagos e indeterminados na concretização dos elementos que, em cada caso, devem ser considerados como relevantes para a identificação de um objeto restritivo da concorrência dificultando a identificação de uma linha de raciocínio clara e linear que permita escrutinar uma densificação clara do conceito na jurisprudência; seja pela tentativa de racionalização de determinados elementos da jurisprudência, em detrimento de

⁴⁷³ Atendendo, por um lado, aos elementos decorrentes da prática decisória da Comissão relativamente a decisões de proibição por infração ao artigo 101.º, excluindo os processos de cartel e, por outro lado, às posições aparentemente expansivas do Tribunal em arestos como o Acórdão *T-Mobile* ou o Acórdão *Allianz Hungária*. Tais contributos deverão ser devidamente sopesados à luz de arestos mais recentes do Tribunal de Justiça, onde o conceito de restrição da concorrência pelo objeto é avaliado à luz da nocividade da prática em relação à concorrência, assim qualificando – e restringindo – o recurso a esta categoria de infrações, em especial o Acórdão *Groupement des Cartes Bancaires* e o Acórdão de 26.11.2015, *SIA Maxima Latvija c. Konkurences padome*, C-345/14, EU:C:2015:784, adiante “Acórdão *SIA Maxima*”.

outros, resultando visões parciais e insatisfatórias para a compreensão global do conceito e da sua importância na aplicação da proibição ao caso concreto, o conceito de restrição da concorrência pelo objeto permanece no centro do debate sobre a aplicação das regras de concorrência aos acordos entre empresas.

Que um conceito nuclear para a compreensão da aplicação dos princípios e regras do Direito europeu da concorrência e na determinação das regras pelas quais os operadores económicos se devem reger nas suas relações comerciais permaneça envolvido em polémica doutrinária e relativa indefinição é, pois, motivo necessário para que se procure determinar os termos e condições pelos quais a prática decisória das autoridades administrativas responsáveis pela sua aplicação e a jurisprudência do Tribunal de Justiça se tem referido ao mesmo, procurando extrair daí uma avaliação global do sentido útil deste conceito, e dos seus limites.

**CAPÍTULO 3: RESTRIÇÕES DA CONCORRÊNCIA PELO OBJETO NA MODERNA
POLÍTICA DE CONCORRÊNCIA, NA UNIÃO EUROPEIA E EM PORTUGAL**

SUMÁRIO: 1. Restrições da concorrência pelo objeto na prática decisória da Comissão Europeia. 2. Restrições da concorrência pelo objeto na prática decisória da Autoridade da Concorrência

1. RESTRIÇÕES DA CONCORRÊNCIA PELO OBJETO NA PRÁTICA DECISÓRIA DA COMISSÃO EUROPEIA

1.1. Panorâmica geral sobre as prioridades decisórias da Comissão na aplicação do artigo 101.º, n.º 1

1.1.1. Enquadramento: as orientações da Comissão em relação às restrições pelo objeto e análise dos efeitos

No Livro Branco de 1999 a Comissão propôs-se adotar uma *abordagem mais económica* na aplicação do artigo 101.º, n.º 1 a processos individuais, limitando o âmbito da proibição às manifestações de coordenação empresarial envolvendo empresas com algum grau de poder de mercado⁴⁷⁴. Nas Orientações relativas à aplicação do artigo 101.º, n.º 3, a avaliação do poder de mercado é introduzida no quadro da avaliação das restrições da concorrência pelo efeito⁴⁷⁵, mas não no que respeita à qualificação de uma restrição da concorrência pelo objeto⁴⁷⁶.

Na determinação do que possa ser considerado um *objeto restritivo* da concorrência, as propostas tendentes à análise dos efeitos na aplicação das normas de defesa da concorrência insistem na necessidade de determinar os impactos negativos na concorrência resultantes de uma concreta conduta

⁴⁷⁴ Livro Branco de 1999, n.º 78.

⁴⁷⁵ Cf. Orientações relativas à aplicação do artigo 101.º, n.º 3, e.g., n.º 25: “os efeitos negativos para a concorrência no mercado relevante verificam-se quando as partes, individual ou conjuntamente, têm ou obtêm um certo poder de mercado e o acordo contribui para a criação, manutenção ou reforço desse poder ou permite que as partes dele tirem partido. O poder de mercado é a capacidade de manter os preços acima dos níveis concorrenciais durante um período de tempo significativo... É quando as pressões concorrenciais são insuficiente para manter os preços e a produção a níveis concorrenciais que as empresas dispõem de poder de mercado na aceção do n.º 1 do artigo 81.º”; n.º 26: “o nível de poder de mercado normalmente necessário para que seja determinada a existência de uma infração ao n.º 1 do artigo 81.º no caso de acordos que são restritivos da concorrência pelo seu efeito, é inferior ao nível de poder de mercado necessário para que seja reconhecida uma posição dominante na aceção do artigo 82.º”; e n.º 27: “para efeitos da análise dos efeitos restritivos de um acordo é, em princípio, necessário definir o mercado relevante”.

⁴⁷⁶ Questão diretamente relacionada com esta, a apreciação da *sensibilidade* da restrição como critério de aplicação da proibição do artigo 101.º, n.º 1 a restrições pelo objeto, a que regressaremos adiante.

empresarial – no domínio do artigo 101.º, de quaisquer formas de *coordenação* empresarial – para legitimação dessa aplicação⁴⁷⁷. Assim, apenas aquelas condutas que produzam ou sejam suscetíveis de produzir efeitos negativos na concorrência deverão ser objeto de proibição e sanção.

Intrínseca à noção da legitimidade na aplicação das regras de concorrência, está a questão de proibição e sanção daqueles comportamentos empresariais que, pela sua nocividade em relação ao jogo da concorrência, são mais aptas a causar – ou causam efetivamente – danos na concorrência, afetando o bem-estar geral.

A abordagem mais económica à aplicação das regras de concorrência, visando afastá-la de uma apreciação formal das manifestações de coordenação empresarial em favor da identificação dos danos causados pelo acordo como justificação para a sua proibição, procura por isso reforçar a justificação económica e política das regras da concorrência; todavia, esta ponderação parece manifestamente mais adequada à proibição de práticas cuja nocividade para a concorrência parece menos evidente, e não em relação às práticas mais graves, que são tidas como infrações manifestas ao artigo 101.º sem fatores de redenção.

Os exemplos destas práticas manifestas, como a fixação de preços e a repartição de mercado, elencadas pelo Tribunal Geral no Acórdão *European Night Services*, surgem associadas à qualificação de determinados acordos ou práticas concertadas como acordos de cartel, ou seja, como acordos horizontais que se presumem especialmente nocivos e prejudiciais para a concorrência e com impacto negativo sobre o consumidor.

⁴⁷⁷ Ver (BISHOP & WALKER, 2010, p. 163 e ss.). A análise da prática de investigação de cartéis pela Comissão Europeia, em (HARDING & JOSHUA, 2010, pp. 119-148), revela igualmente o enfoque da investigação na prova do acordo/prática concertada, e não no seu impacto efetivo, concluindo-se que a nocividade da prática é inerente à natureza deste tipo de acordo, e não resulta necessariamente dos efeitos que, em cada caso, possam ocorrer.

Nestes casos, a Comissão Europeia trata este tipo de práticas ainda à luz de uma apreciação essencialmente formal, procurando acima de tudo estabelecer probatoriamente que tal acordo existiu, sem cuidar da determinação do impacto efetivo dessa prática

Exposta nestes termos, contudo, a análise dos efeitos como condição de aplicação das normas de defesa da concorrência arrisca uma simplificação excessiva que esconde parcialmente a riqueza substantiva deste debate.

Com efeito, a *more effects-based approach* surge como resposta aos que identificavam na aplicação das regras europeias, à luz do sistema de notificação prévia instituído pelo Regulamento 17/62, uma excessiva *form-based approach* assente na proibição de determinadas condutas, independentemente dos efeitos negativos na concorrência, com base apenas na verificação de uma redução do grau de liberdade entre as empresas participantes.

A substituição de um sistema administrativo assente no mecanismo da notificação prévia – que presume, em bom rigor, a *ilegalidade* de todos os acordos até que os mesmos sejam considerados compatíveis pela autoridade competente – por um sistema de exceção legal, no qual os acordos se presumem válidos, a não ser que, em caso de controlo *a posteriori*, se determine que constituem uma restrição da concorrência, representa uma verdadeira revolução, na aparência meramente administrativa, mas com profundo impacto substantivo, pois acompanha a descentralização plena da aplicação do artigo 101.º por uma orientação mais substancialista que impõe às autoridades competentes (a Comissão e as autoridades nacionais, incluindo os tribunais), o dever de demonstrar que um acordo *presumido* válido constitui, afinal uma restrição da concorrência e é proibido ao abrigo do artigo 101.º, n.º 1⁴⁷⁸.

⁴⁷⁸ Ver (GERARD, 2012).

Para este efeito, a importância da discussão em torno do conceito de restrição da concorrência⁴⁷⁹: por um lado, uma posição *formalista*, ancorada na liberdade e autonomia empresariais como fins existenciais das regras de concorrência, resultado de décadas de jurisprudência pré-modernização⁴⁸⁰; por outro lado, uma visão *substancialista* que procura identificar os efeitos positivos e pró-competitivos de determinadas coordenações empresariais, não obstante o reconhecimento que *qualquer forma de coordenação empresarial* deverá implicar uma perda relativa da liberdade das empresas que nela participam⁴⁸¹.

⁴⁷⁹ Ver (WHISH, 2013, p. 144), sublinhando como questões ainda essenciais no Direito europeu da concorrência (*o que é uma restrição da concorrência? O que é um objeto restritivo da concorrência?*), têm origem nas opções processuais que resultaram no Regulamento 17/62.

⁴⁸⁰ Ver, e.g., Acórdão *Consten*, p. 434: “para efeitos de aplicação do artigo 85.º, n.º 1, a tomada em consideração dos efeitos concretos de um acordo é supérflua, desde que seja evidente que tem por objeto restringir, impedir ou falsear a concorrência”. A prática decisória da Comissão ao abrigo do Regulamento 17/62 – e no período anterior à adoção de uma orientação programática dirigida à análise dos efeitos, como sublinhámos na Parte I – revela uma maior preocupação com a liberdade ou autonomia das empresas na determinação da sua política comercial, à luz de uma orientação genérica de garantia da autonomia empresarial como elemento essencial do processo concorrencial. Assim, cf. Decisão da Comissão, de 29.12.1970, no proc. IV.25107, *Carreaux céramiques*, relativa à fixação horizontal dos descontos atribuídos a clientes; também em relação à fixação de condições comerciais para além do preço, cf. Decisão da Comissão, de 16.9.1998, no proc. IV/35.134, *Trans-Atlantic Conference Agreement*, em esp. n.ºs 446 a 447. Também a nível dos acordos verticais, a análise da Comissão tendia a concentrar-se nas condições impostas à liberdade de atuação das empresas, e menos nos potenciais ganhos de eficiência deste tipo de acordos. Cf., e.g., Decisão da Comissão, de 11.12.1980, no proc. IV/26.912, *Hennessy-Henkel*, relativo à distribuição de bebidas alcoólicas produzidas pela empresa francesa Hennessy no mercado alemão, através de um contrato de distribuição com a empresa alemã Henkel, nos termos do qual era concedida uma garantia de exclusividade à Henkel no mercado alemão, bem como uma garantia da margem comercial do distribuidor, de tal sorte “que le marché intérieur allemand et la marge de 18 % soient efficacement protégés au point de vue prix contre les infiltrations” (cf. n.º 20). A Comissão conclui pela proibição, uma vez que o acordo impedia a Henkel de se abastecer junto de outros fornecedores no mercado francês, atribuía um direito exclusivo à Henkel para o mercado alemão, impedia a Henkel de fixar livremente o preço de venda e constituía uma barreira às importações paralelas de produtos da Hennessy no mercado alemão (cf. n.º 20-21). Finalmente, o objetivo da integração dos mercados nacionais determina a verificação de restrições relativamente a acordos contendo limitações diretas ou indiretas às exportações ou importações paralelas, tanto pelo seu efeito de repartição de mercados, como pela limitação da liberdade comercial das empresas envolvidas. Cf, e.g., Decisão da Comissão, de 13.7.1987, no proc. IV/31.741, *Sandoz*, e Decisão da Comissão, de 25.11.1980, no proc. IV/29.702, *Johnson & Johnson*. Quanto à visão *histórica* da prática decisória da Comissão pré-modernização, ver (FAULL et al., 2014, p. 247), e decisões aí citadas.

⁴⁸¹ Ver, a este respeito, as Orientações da Comissão sobre restrições verticais, de 2010, n.º 23: “Na maior parte das restrições verticais só poderão surgir problemas em matéria de concorrência se existir uma concorrência insuficiente num ou mais estádios da actividade comercial, ou seja, se

O reforço dos instrumentos de análise económica no âmbito da aplicação das regras de concorrência, a demonstração dos efeitos positivos – na inovação, na qualidade, nos preços – que determinadas formas de restrição concorrencial podem gerar levou a um maior consenso quanto à legitimidade das regras da concorrência: estas apenas podem fazer sentido se dirigidas às práticas empresariais que tenham um impacto concreto negativo na concorrência, e este impacto não é mesurável apenas, nem principalmente, pela avaliação formal de uma determinada manifestação da conduta proibida, ou seja, se um acordo entre empresas restringe necessariamente a liberdade das duas partes, não é por isso apenas que deverá ser qualificado como uma *restrição da concorrência*⁴⁸².

Neste sentido, o Tribunal de Justiça desde cedo procurou temperar a posição *formalista* na aplicação da proibição de acordos do artigo 101.º com um método de interpretação finalista⁴⁸³, que acabaria por ditar a adoção de uma posição essencialmente *substancialista* sobre o conceito de restrição da concorrência, assente na avaliação do impacto de uma prática sobre a

existir um certo grau de poder de mercado a nível do fornecedor ou do comprador ou a ambos os níveis”.

⁴⁸² Em vários dos textos de política de concorrência em vigor transparece ainda a concepção tradicional de matriz ordoliberal e estruturalista da concorrência como um processo de rivalidade, do qual decorre que qualquer restrição dessa rivalidade pode ser considerada uma restrição da concorrência. Ver, e.g., Orientações sobre a aplicação do artigo 101.º, n.º 1, n.º 16: “acordos entre empresas são abrangidos pela regra de proibição do n.º 1 do artigo 81.º, quando são susceptíveis de ter um impacto negativo apreciável nos parâmetros da concorrência no mercado, como o preço, produção, qualidade do produto, variedade do produto e inovação. Os acordos podem ter este efeito, ao reduzir consideravelmente a rivalidade entre as partes no acordo ou entre estas e terceiros”. Em nota adicional ao n.º 16, todavia, a Comissão sublinha a relação deste elemento com um argumento, ainda que mediato, de bem-estar do consumidor; assim, “não basta que o acordo restrinja a liberdade de ação de uma ou mais partes... Tal está em conformidade com o facto de o objeto do artigo 81.º consistir em proteger a concorrência no mercado em benefício dos consumidores”.

⁴⁸³ Empregando em relação aos conceitos de “restrição da concorrência” e de “objeto restritivo da concorrência” uma metodologia analítica em tudo idêntica à que figura na concretização dos demais conceitos integradores da norma de proibição. Ver, a este respeito, o Acórdão *Société Technique Minière*, p. 388, o Acórdão *Nungesser*, n.º 58, e ainda o Acórdão *Delimitis*, n.º 10-13. A Comissão reconhece, aliás, ter realizado – em determinadas circunstâncias e de modo não sistemático – uma ponderação dos aspetos anticoncorrenciais e pró-concorrenciais na aplicação do artigo 101.º, n.º 1 no período pré-modernização. Cf. Livro Branco de 1999, n.ºs 56-57.

concorrência como condição prévia da proibição e que, todavia, não se deve confundir com a aplicação conjugada do n.º 1 (a regra de proibição) e do n.º 3 (a regra de justificação), ou seja, com um balanceamento do impacto negativo e dos eventuais benefícios, daí resultantes análogo à regra de razão no sistema norte-americano como proposto por René Joliet⁴⁸⁴, logo em 1967, ou mais tarde, por autores como Richard Whish⁴⁸⁵.

Por isso, na jurisprudência do Tribunal de Justiça encontramos, no período inicial de definição dos princípios gerais de interpretação do artigo 101.º, ao longo das décadas de 1960, 1970 e 1980 (até à criação do Tribunal Geral, em 1989, em virtude de uma alteração introduzida no Ato Único Europeu, de 1986), algum respaldo a uma “abordagem mais económica” à proibição de acordos entre empresas⁴⁸⁶, numa linha jurisprudencial que, entendemos nós, se manteve virtualmente inalterada até aos nossos dias.

Em contrapartida, a modernização – administrativa e substantiva – do Direito europeu da concorrência, desencadeada a partir da revisão das orientações e regras substantivas aplicáveis às restrições verticais, com o Livro Verde de 1996, e das regras administrativas do sistema de aplicação das regras, com o Livro Branco de 1999, enfrenta uma aparente divergência axiomática entre a política da concorrência e a prática de aplicação das regras de defesa da concorrência.

Ao nível da política de concorrência, o *discurso* da Comissão assenta numa maior análise dos efeitos das práticas restritivas da concorrência como antecâmara da sua proibição, como resulta do conjunto de comunicações que

⁴⁸⁴ Ver (JOLIET, 1967).

⁴⁸⁵ Ver (WHISH & SUFFRIN, 1987).

⁴⁸⁶ Desde logo, pela necessidade de apreciar o contexto jurídico e económico em que se insere o acordo, tanto a nível das restrições pelo objeto, como pelas restrições por efeito, como resulta do Acórdão *Société Technique Minière*, de 1966, como pelo reconhecimento do requisito da sensibilidade da infração para efeitos de aplicação do artigo 101.º, n.º 1, no Acórdão *Völk*, de 1969.

resumem a posição da Comissão em matéria de restrições de natureza vertical e horizontal e que, tendo por objetivo apoiar as empresas no seu exercício de autoavaliação – tornado necessário em resultado da alteração paradigmática do sistema administrativo de controlo *ex ante* para um potencial controlo *ex post* –, assumem especial relevância.

Esse discurso é igualmente acompanhado por abundante produção legislativa e normativa, através de regulamentos de isenção por categoria de acordos verticais e horizontais, e que no seu conjunto identificam as práticas ou tipos de acordos que, com maior ou menor margem, correspondem ao conjunto das restrições manifestas ou óbvias, normalmente designadas nesses textos como “restrições graves da concorrência”⁴⁸⁷, e por vezes qualificadas (erradamente) de proibições absolutas⁴⁸⁸.

⁴⁸⁷ Ver, e.g., o Regulamento 330/2010, em esp. os art. 4.º e 5.º. O Regulamento de Isenção por Categoria refere um conjunto de requisitos para que qualquer acordo vertical beneficie da isenção do artigo 101.º, n.º 3 (ficando, pois, isento da aplicação da proibição do n.º1). No essencial, o Regulamento sobre restrições verticais prevê que qualquer acordo vertical fique isento da proibição, desde que: (1.ª condição) as quotas de mercado do produtor e do fornecedor sejam inferiores a 30%; e (2.ª condição) o acordo não preveja nenhum das restrições graves elencadas no Regulamento. Preenchidas estas condições, as empresas beneficiam de um “porto de abrigo” (*safe harbour*) de presunção de compatibilidade dos seus acordos com o artigo 101.º. O não respeito pelas condições do “porto de abrigo”, todavia, não determina a ilegalidade do acordo, mas sim a remoção do benefício da isenção. Neste caso, as partes deverão demonstrar que o acordo preenche individualmente as condições do artigo 101.º, n.º 3. Como orientação de conduta a adotar no mercado, o Regulamento das restrições verticais (e a comunicação da Comissão sobre as orientações em matéria de restrições verticais, que o acompanha), fornecem um quadro orientador para as empresas, que no quadro da auto-avaliação poderão determinar se as respectivas relações contratuais são compatíveis com o catálogo de restrições graves e, embora com maior dificuldade, se respeitam os limites quantitativos relativos à posição de cada empresa no mercado.

⁴⁸⁸ Uma das características mais significativas do Direito europeu da concorrência a nível da coordenação empresarial é que não existem acordos ou restrições que sejam *absolutamente proibidas*. Qualquer acordo ou restrição, independentemente de constituir ou não uma restrição *manifesta* da concorrência, pode ser objeto de uma isenção individual. Neste sentido, ver o Acórdão *Matra Hachette*, n.º 85: “o Tribunal considera que, em princípio, não pode existir prática anticoncorrencial que, seja qual for a intensidade dos seus efeitos sobre um mercado determinado, não possa ser isenta, desde que as condições previstas no n.º 3 do artigo 85.º do Tratado estejam cumulativamente preenchidas...”.

Procurando, através de um juízo de incompatibilidade manifesta formulado à luz da experiência e prática decisória anteriores que demonstra que tais acordos são insuscetíveis de produzir impactos benéficos na concorrência⁴⁸⁹, identificar de modo claro quais as restrições que, pela sua própria natureza ou impacto negativo expectável, não são admissíveis, a Comissão remete uma eventual proibição de outros acordos – que não preencham estas características das restrições manifestas – para o apuramento concreto de impactos negativos na concorrência. Como tal, a sua proibição resulta de um juízo prévio quanto à elevada probabilidade de, na generalidade dos casos, da imposição dessas cláusulas resultarem prejuízos para a concorrência. O que constitui já uma forma de “análise de efeitos”: tais acordos são proibidos porque *normalmente* resultam em prejuízos para a concorrência⁴⁹⁰, ou porque não são suscetíveis de gerar efeitos positivos no mercado⁴⁹¹.

O que corresponde a uma opção clara de política da concorrência, que visa salvaguardar os recursos disponíveis num sistema de aplicação essencialmente administrativo, optando por proibir *in genere* determinados acordos, independentemente de, no caso concreto poderem até resultar impactos benéficos para a concorrência, isto porque a experiência – suportada na prática decisória e nos ensinamentos da ciência económica – demonstra que normalmente tais benefícios não ocorrem.

A possibilidade de qualquer acordo poder beneficiar da isenção individual é, todavia, uma garantia sistémica contra um eventual risco de “sobre aplicação” da proibição, de modo a não prejudicar a sobrevivência de acordos onde se

⁴⁸⁹ Ou que sejam contrários ao objetivo de integração dos mercados.

⁴⁹⁰ Por outro lado, como refere (GERARD, 2012), identifica-se aqui uma nova manifestação da *form-based approach*: os acordos são proibidos porque se *presumem* os danos que causam à concorrência, independentemente da verificação de danos concretos, exercício que, neste domínio, é considerado redundante, como refere o Tribunal de Justiça no Acórdão *Clair*, n.º 22, e no Acórdão *Groupement des Cartes Bancaires*, n.º 51, onde sublinha que “*com efeito, a experiência mostra que esses comportamentos provocam reduções da produção e subidas de preços, conduzindo a uma má repartição dos recursos em prejuízo, especialmente, dos consumidores*”.

⁴⁹¹ Nesta perspetiva, ver (PEEPERKORN, 2015b, p. 42).

demonstrem efetivos benefícios para a concorrência. O problema poderá estar, eventualmente, no estreitamento das condições de acesso ao benefício da justificação individual, que não seja compaginável com o alargamento do conceito de restrição da concorrência pelo objeto a manifestações de coordenação empresarial cada vez menos *óbvias*⁴⁹².

Tal poderá ser coerente com uma aplicação igualmente restritiva do conceito de restrição da concorrência pelo objeto, ao nível do artigo 101.º, n.º 1, sob pena de uma extensão do âmbito do conceito de restrição pelo objetivo, em conjugação com uma interpretação restritiva do artigo 101.º, n.º 3, conduzir a uma acumulação insuportável de falsos positivos e a uma aplicação irrazoável das regras de concorrência⁴⁹³.

Por essa razão – e pelo facto de a Comissão não ter, ao abrigo do Regulamento 1/2003, emitido ainda qualquer decisão ao abrigo do artigo 10.º, nos termos do qual pode declarar que o artigo 101.º não se aplica a um acordo por não estarem preenchidas as condições da proibição ou por estarem preenchidas as condições da isenção individual – as Orientações relativas ao artigo 101.º, n.º 3 acabam por ter mais utilidade no suporte da política de concorrência da Comissão e das ANC, do que como instrumento útil para as empresas no seu exercício de autoavaliação, já que ao assentarem exclusivamente em metodologias de avaliação económica, complexas, das eficiências geradas por um acordo e da eventual compensação das restrições que daí resultam, acabam por deixar uma importante margem de discricionariedade às autoridades responsáveis pela sua aplicação⁴⁹⁴.

⁴⁹² Recorde-se, a propósito o discurso de Diretor-Geral A. Italianer (ITALIANER, 2014), que, aludindo precisamente à prática decisória da Comissão e a arestos do Tribunal de Justiça de onde resulta uma avaliação extensiva do contexto (e.g., Acórdão *Allianz Hungária*), conclui que as restrições da concorrência pelo objeto são sempre graves, mas não necessariamente óbvias.

⁴⁹³ Ver, neste sentido, (PAIS, 2011a, p. 299 e ss.).

⁴⁹⁴ Neste sentido, ver (GERADIN, 2006, p. 336). Também (PETIT, 2009), conclui que a Comissão desvirtuou a jurisprudência precedente às Orientações de 2004 (“reinterpretando-a”), assim diminuindo o seu valor normativo, *orientador*, para as empresas, afinal o seu destinatário preferencial.

Muito embora não exista um catálogo formal e sistematizado destas restrições graves, a sua identificação nas comunicações e regulamentos de isenção aplicáveis permite a elaboração de uma listagem contendo um “núcleo duro” de acordos restritivos que, em certa medida, se substitui a essa sistematização⁴⁹⁵, e que, do ponto de vista pedagógico, mas também de auxílio na atividade empresarial – a quem as normas, a final, se dirigem – representam as vantagens da previsibilidade e da segurança, ao contrário do que sucede designadamente com a avaliação *ex ante* do preenchimento das condições de atribuição de isenção individual, onde a necessidade de quantificação das eficiências resultantes do acordo pode tornar impossível tarefa de avaliação da conformidade com as orientações interpretativas emanadas pela Comissão⁴⁹⁶.

A adoção da *abordagem mais económica* como orientação programática da política de concorrência da União Europeia encontra o seu principal reflexo,

⁴⁹⁵ Ver Orientações relativas à aplicação do artigo 101.º, n.º 3, n.º 23: “os regulamentos de isenção por categoria, as orientações e as comunicações da Comissão fornecem orientações não exaustivas acerca das restrições por objetivo. As restrições excluídas das isenções por categoria ou identificadas como restrições graves nas orientações e comunicações da Comissão são, regra geral, por ela consideradas como restrições por objetivo. No caso dos acordos horizontais, as restrições da concorrência por objetivo incluem a fixação dos preços, a limitação da produção e a partilha de mercados e clientes. Quanto aos acordos verticais, a categoria de restrições por objetivo inclui, nomeadamente, as que provêm da imposição de preços fixos e mínimos de revenda e as restrições que conferem protecção territorial absoluta, incluindo restrições em matéria de vendas passivas”. Nestes termos, o exercício originalmente pedagógico da “object box”, de Richard WHISH, mas que se converte numa posição dogmática quando do mesmo se extrai uma conclusão quanto ao seu “encerramento” em torno dos exemplos passados de restrições qualificadas como restrições por objeto. Ver (WHISH & BAILEY, 2015, p. 123 e ss.).

⁴⁹⁶ Como notámos anteriormente, as Orientações relativas à aplicação do artigo 101.º, n.º 3, tendo sido publicadas em 2004, correspondem a uma revisão *ex post* da experiência processual da Comissão pré-modernização à luz de uma *abordagem mais económica* aos critérios de justificação. Representam, por isso, um estreitamento dos resultados possíveis à luz da experiência passada, substituindo a adoção de decisões marcadas por um balanceamento *económico* que admitia a invocação de justificações meta-concorrenciais, designadamente, de outros objetivos previstos no Tratado, para a isenção de restrições (os “cartéis de crise”, e a invocação de justificações baseadas na proteção do ambiente ou do emprego, desenvolvimento regional, entre outros, a que fizemos referência no capítulo 2), por um balanceamento mais estritamente concorrencial, ou seja, considerando que um acordo restritivo da concorrência apenas é admissível se do mesmo resultarem eficiências económicas concretas e diretamente imputáveis à restrição.

no que respeita à aplicação do artigo 101.º, nas Orientações relativas à aplicação do artigo 101.º, n.º 3, adotadas em 2004 e nunca revistas⁴⁹⁷.

Nestas Orientações, a Comissão aproveita não apenas para expandir o seu entendimento relativamente à distinção entre restrições pelo objeto e pelo efeito⁴⁹⁸, mas também para definir o diapasão pelo qual tais restrições deverão ser apreciadas em casos concretos apelando tanto a conceitos estruturais como de bem-estar na definição programática dos princípios de aplicação do artigo 101.º do Tratado.

Assim, a rivalidade e a garantia do processo concorrencial mantêm-se como objetivos prioritários face a potenciais ganhos de eficiência pró-concorrenciais cuja obtenção implicasse o seu sacrifício. Tornando clara a posição da Comissão a este propósito, *“o objetivo último do artigo 81.º consiste em proteger o processo concorrencial”*⁴⁹⁹.

Em estreita ligação com este objetivo, os consumidores são apresentados como os principais beneficiários da política da concorrência, para o qual concorrem tanto os argumentos económicos de eficiência, como o objetivo de integração dos mercados⁵⁰⁰.

⁴⁹⁷ Note-se que as Orientações relativas aos acordos de cooperação horizontal, de 2011, qualificam as Orientações relativas à aplicação do artigo 101.º, n.º 3 como “Orientações Gerais”. Assim, *“as Orientações da Comissão relativas à aplicação do n.º 3 do artigo 81.º do Tratado (as Orientações Gerais) contêm directrizes de carácter geral relativamente à interpretação do artigo 101.º. Por conseguinte, as presentes orientações têm de ser interpretadas conjuntamente com as Orientações gerais”* (cf. n.º 19).

⁴⁹⁸ Cf. Orientações relativas à aplicação do artigo 101.º, n.º 3, n.ºs 19 a 25.

⁴⁹⁹ Cf. Orientações relativas à aplicação do artigo 101.º, n.º 3, n.º 105.

⁵⁰⁰ Cf. Orientações relativas à aplicação do artigo 101.º, n.º 3, n.º 13: *“o artigo 81.º tem por objetivo proteger a concorrência no mercado, como forma de reforçar o bem-estar dos consumidores e de assegurar uma eficiente afectação de recursos. A concorrência e a integração do mercado servem estes objetivos, na medida em que a criação e a preservação de um mercado único aberto promove a afectação de recursos eficiente em toda a Comunidade em benefício dos consumidores”*. Todavia, como sublinham (BISHOP & WALKER, 2010, p. 7), conflitos entre objetivos potencialmente antagónicos podem gerar resultados negativos para o bem-estar, atendendo à prevalência programática do princípio da integração dos mercados no âmbito do Direito europeu da concorrência.

Esta posição coloca a tónica do bem jurídico tutelado pelas regras de defesa da concorrência na garantia do processo concorrencial, incluindo aqui no específico contexto do Direito europeu da concorrência, o objetivo de integração dos mercados⁵⁰¹.

O programa teleológico da abordagem mais económica às restrições da concorrência abrangidas pelo artigo 101.º, n.º 1 não se resume, por isso, à avaliação do impacto das restrições no bem-estar do consumidor ou na redução da eficiência económica, podendo mesmo, à luz dos demais objetivos do Direito europeu da concorrência, se sobrepor a tais considerações especificamente económicas⁵⁰².

Esta dicotomia é sublinhada pela Comissão nestas Orientações. Nestes termos, a qualificação de uma restrição da concorrência como tendo um objeto restritivo deve ser apurada pelo seu *“elevado potencial em termos de efeitos negativos na concorrência”*, atendendo à *“natureza grave da restrição e na experiência que demonstra ser provável que as restrições da concorrência por objetivo tenham efeitos negativos no mercado e contrariem os objetivos das regras comunitárias da concorrência”*. Tais impactos presumidos *“reduzem a produção e aumentam os preços, provocando uma deficiente afetação de recursos, na medida em que os bens e serviços procurados pelos consumidores não são produzidos. São igualmente prejudiciais para o bem-estar dos consumidores, dado que os obrigam a pagar preços mais elevados pelos bens e serviços em causa”*⁵⁰³, revelando estas passagens uma maior preocupação com a dimensão económica dos impactos das práticas restritivas pelo objeto – a diminuição do bem-estar decorrente da utilização ineficiente dos recursos – do que com a liberdade ou autonomia das empresas que se coordenam para fixar preços ou outras condições no mercado.

⁵⁰¹ Ver Parte I, capítulo 2.

⁵⁰² Ver, neste sentido, (MOURA E SILVA, 2008, p. 27 e ss.). Considerando que o bem jurídico tutelado pelas regras europeias de defesa da concorrência é, primordialmente a promoção da eficiência económica, ver, e.g., (MORAIS, 2009b, pp. 43-44).

⁵⁰³ Cf. Orientações relativas à aplicação do artigo 101.º, n.º 3, n.º 21.

O *balanceamento* dos objetivos económicos (relativos à promoção da eficiência económica), da garantia do processo concorrencial e, no quadro específico do Direito europeu da concorrência, a relação deste com os objetivos de integração dos mercados que subjazem à previsão dos artigos 101.º (e 102.º) no TFUE, permite por isso bastante flexibilidade na definição das prioridades de atuação no quadro da política de concorrência da União Europeia.

Para determinar se um acordo tem por objeto a restrição da concorrência, a Comissão terá em conta, *“em especial”*, o teor do acordo e os seus objetivos concretos e, se necessário, *“apreciar o contexto em que é (ou irá ser) aplicado e a conduta ou comportamento efetivos das partes no mercado. Por outras palavras, pode ser necessário examinar os factos subjacentes ao acordo e as circunstâncias específicas do seu funcionamento antes de concluir se uma determinada restrição constitui uma restrição da concorrência por objetivo”*⁵⁰⁴.

Aqui, em nossa opinião, as Orientações da Comissão afastam-se da jurisprudência do Tribunal, nos termos da qual o contexto jurídico e económico em que se insere o acordo deverá ser sempre analisado, ainda que perfunctoriamente, previamente à qualificação de uma restrição da concorrência pelo objeto⁵⁰⁵. Note-se, todavia, que nas Orientações relativas aos acordos de

⁵⁰⁴ Cf. Orientações relativas à aplicação do artigo 101.º, n.º 3, n.º 22.

⁵⁰⁵ Note-se que a Comissão recorre a dois precedentes jurisprudenciais para justificar a sua afirmação nos termos da qual a análise contextual – que não corresponde a uma análise de efeitos. Contra, ver (PETIT, 2013, p. 543) – a nível das restrições da concorrência pelo objeto apenas será realizada *“se necessário”*: o Acórdão de 28.3.1984, *Compagnie Royale Asturienne des Mines SA e Rheinzink GmbH c. Comissão*, 29 e 30/83, EU:C:1984:130, adiante “Acórdão CRAM”, n.º 26, e o Acórdão de 8.11.1983, *NV IAZ International Belgium e o. c. Comissão*, 96-102, 104, 105, 108 e 110/82, EU:C:1983:310, adiante “Acórdão IAZ”, n.ºs 23-25. Estes arestos não suportam essa posição, pelo contrário infirmam-na. Com efeito, o Acórdão CRAM, n.º 26, recorda que para determinar se um acordo tem por objeto a restrição da concorrência, não é necessário verificar qual das duas partes tomou a iniciativa de inserir a cláusula restritiva no acordo, ou se ambas tinham uma intenção comum quanto à restrição da concorrência no momento em que definiram o acordo, pelo contrário, trata-se de *“examinar o objetivo prosseguido pelo acordo, à luz do contexto económico em que este se insere”*; também o Acórdão IAZ, n.ºs 23-25 não permite concluir pela eventual desnecessidade de avaliação do contexto. Atente-se à conclusão no n.º 25: *“o acordo tem por objetivo, tendo em conta o seu teor, o contexto jurídico e económico em que se insere e a conduta das partes, restringir, de modo sensível, a concorrência no mercado comum”*. Ver,

cooperação horizontal, de 2011, a abordagem da Comissão às restrições pelo objeto está mais próxima da súmula que entendemos resultar da jurisprudência do Tribunal de Justiça: “segundo jurisprudência constante do Tribunal de Justiça da União Europeia, para apreciar se um acordo tem um objeto anticoncorrencial, deve atender-se ao seu conteúdo, aos objetivos que visa atingir, bem como ao contexto económico e jurídico em que se insere”⁵⁰⁶.

Com efeito, resulta da jurisprudência do Tribunal que a avaliação contextual é um método de análise de aplicação geral, que não está reservada a uma das duas categorias de acordo proibidas pelo artigo 101.º, n.º 1 e que impõe, embora com graus distintos de profundidade e extensão, que a compatibilidade dos acordos com o Tratado seja avaliada atendendo ao contexto jurídico e económico em que operam as empresas e no qual se insere o acordo controvertido, o que não se confunde com a avaliação do efeito restritivo no mercado⁵⁰⁷.

Quanto não se preencham os requisitos que permitem qualificar um acordo como uma restrição da concorrência pelo objeto, haverá que determinar se o mesmo causa – ou tem a potencialidade de causar – efeitos negativos no mercado⁵⁰⁸. Uma vez que nas restrições pelo efeito “*não existe qualquer*

ainda, o Acórdão *BIDS*, n.º 17, o Acórdão *ING Pensii*, n.º 33, e o Acórdão de 20.1.2016, *Toshiba Corporation c. Comissão*, C-373/14 P, EU:C:2016:26, adiante “Acórdão *Toshiba*”, n.ºs 27 a 29.

⁵⁰⁶ Cf. Orientações relativas aos acordos de cooperação horizontal, n.º 25 (citando o Acórdão *BIDS*, n.º 17). Embora fazendo referência às restrições da concorrência pelo objeto, as Orientações relativas às restrições verticais não apresentam uma definição geral desta categoria.

⁵⁰⁷ Ver Acórdão *Société Technique Minière*, cit., e o Acórdão de 15.12.1994, *Gøttrup-Klim e.a. Grovvareforeninger c. Dansk Landbrugs Grovvarereselskab AmbA*, C-250/92, EU:C:1994:413, adiante “Acórdão *Gøttrup-Klim*”, n.º 31; ver, igualmente, Acórdão do Tribunal Geral *European Night Services*, n.ºs 136 e 137, e Acórdão do Tribunal Geral *O2*, n.ºs 66 e 67.

⁵⁰⁸ A jurisprudência do Tribunal de Justiça distingue acordos que restringem a concorrência pelo objeto, dos acordos que têm o efeito atual ou potencial de restringir a concorrência no mercado, i.e., acordos em que exista a probabilidade (mas não a presunção) de o acordo ter efeitos anticoncorrenciais. Para este efeito – ao contrário das restrições da concorrência pelo objeto – será necessário avaliar o mercado relevante em que ocorre a prática para determinar se, com elevada probabilidade, a mesma será suscetível de causar um impacto negativo. Cf., e.g., Acórdão *Société Technique Minière*, p. 387, e o Acórdão de 28.5.1998, *John Deere Ltd c. Comissão*, C-7/95 P,

presunção de efeitos anticoncorrenciais”, deverá verificar-se se o acordo em causa afeta “a concorrência real ou potencial a ponto de permitir esperar, com um grau de probabilidade razoável, efeitos negativos no mercado relevante a nível dos preços, produção, inovação e variedade ou qualidade dos bens e serviços”⁵⁰⁹.

Para chegar a esta conclusão, o esforço necessário à demonstração de uma restrição da concorrência pelo efeito é substancialmente mais oneroso do que aquele que resulta da definição da categoria da restrição da concorrência pelo objeto.

A Comissão deverá analisar extensivamente o mercado em que a prática ocorre⁵¹⁰, demonstrar que os efeitos se verificam, ou que, atendendo à estrutura do mercado em causa, existe uma elevada probabilidade de tais impactos ocorrerem⁵¹¹, e avaliar a concorrência no quadro real em que se produziria se não existisse o acordo controvertido⁵¹².

EU:C:1998:256, adiante “Acórdão *John Deere*”, n.º 76-77. Ver ainda, (ODUDU, 2001a) e (ODUDU, 2002) e (MORAIS, 2009b, p. 25 e ss.).

⁵⁰⁹ Cf. Orientações relativas à aplicação do artigo 101.º, n.º 3, n.º 24.

⁵¹⁰ Cf. Orientações relativas à aplicação do artigo 101.º, n.º 3, n.ºs 24-27. Ver, igualmente, o Acórdão *Brasserie de Haecht*, p. 706: “seria vão, com efeito, proibir um acordo, uma decisão ou uma prática devido aos seus efeitos, se estes devessem ser separados do mercado em que se manifestam e apenas pudessem ser analisados separados do feixe de efeitos, convergentes ou não, no seio dos quais se produzem”, e o Acórdão de 28.2.2013, *Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas c. Autoridade da Concorrência*, C-1/12, EU:C:2013:127, adiante “Acórdão *OTOC*”, n.ºs 69-71.

⁵¹¹ Para este efeito, a Comissão deverá avaliar o poder de mercado das empresas envolvidas. Cf. Orientações relativas à aplicação do artigo 101.º, n.º 3, n.º 25: “os efeitos negativos para a concorrência no mercado relevante verificam-se normalmente quando as partes, individual ou conjuntamente, têm ou obtêm um certo poder de mercado e o acordo contribui para a criação, manutenção ou reforço desse poder ou permite que as partes dele tirem partido”, com impacto nas variáveis concorrenciais do preço, produção, quantidade, qualidade, variedade ou inovação. Tais impactos deverão ser suportados por elementos empíricos robustos, e não meras conjecturas hipotéticas. Cf. Acórdão do Tribunal Geral *European Night Services*, n.ºs 142-145, e o Acórdão de 14.4.2011, *Visa Europe e Visa International c. Comissão*, T-461/07, EU:T:2011:181, adiante “Acórdão do Tribunal Geral *Visa*”, n.º 167.

⁵¹² Citamos *ipsis verbis* o Acórdão *Société Technique Minière*, p. 388. Cf. igualmente as Orientações relativas aos acordos de cooperação horizontal, n.º 29: “para determinar se um acordo de cooperação horizontal tem efeitos restritivos da concorrência, na aceção do artigo 101.º, n.º 1, deve ser feita uma comparação com o contexto jurídico e económico efetivo em que a concorrência se verificaria na ausência do acordo com todas as suas alegadas restrições (ou seja, na

Tal corresponde, pois, a uma distinção metodológica clara entre os processos de identificação e de classificação de restrições da concorrência no âmbito da aplicação do artigo 101.º, com consequências processuais e substantivas relevantes e que, em boa medida, determinam uma preferência administrativa pela deteção e punição de restrições da concorrência pelo objeto, como verificamos na prática da Comissão e da AdC, e que desenvolveremos adiante.

Finalmente, a abordagem mais económica da Comissão à aplicação do artigo 101.º, n.º 1 implica que os efeitos negativos real ou potencialmente verificados devam ser sensíveis⁵¹³.

Sendo enquadrada nas Orientações relativas ao artigo 101.º, n.º 3 como parte da abordagem económica, não podemos deixar de sublinhar que a determinação da sensibilidade da restrição foi introduzida pela Comissão na sua primeira decisão de aplicação do artigo 101.º, em 1964⁵¹⁴, como parâmetro de avaliação da compatibilidade de um acordo de distribuição envolvendo uma empresa francesa (fornecedora) e uma empresa suíça (distribuidora) que, por respeitar ao fornecimento para distribuição de produtos na Suíça, não tinha *por objeto* restringir a concorrência no mercado comum, embora algumas das suas condições pudessem ter esse *efeito*, designadamente pela proibição imposta ao parceiro comercial suíço de revender os produtos objeto do contrato no Mercado Comum.

ausência do acordo tal como existe (se já aplicado) ou como previsto (se ainda não aplicado) no momento da apreciação”. A importância da avaliação contrafactual da concorrência no mercado na ausência do acordo controvertido foi sublinhada pelo Acórdão do Tribunal Geral 02,

⁵¹³ Cf. Orientações relativas à aplicação do artigo 101.º, n.º 3, n.º 24: “a regra de proibição do n.º 1 do artigo 81.º não é aplicável no caso de os efeitos anticoncorrenciais identificados serem insignificantes. Este critério reflete a abordagem económica que a Comissão aplica”. Ver, igualmente, a Comunicação *De Minimis*.

⁵¹⁴ Cf. Decisão da Comissão, de 11.3.1964, no proc. IV/A.00061, *Grosfillex-Fillirstorf*.

Uma avaliação perfunctória do quadro contextual em que se inseria o contrato (mormente, os clientes da distribuidora suíça não estavam impedidos de revender esses produtos no mercado comum; um grau substancial de concorrência atual e potencial no mercado dos produtos contratuais, atestado pelo elevado número de fabricantes e distribuidores, instalados no mercado comum ou em países terceiros), permitiram à Comissão concluir pela atribuição da isenção, uma vez que “*ces circonstances font apparaître que la concurrence à l’intérieur du marché commun n’est pas empêchée ni restreinte ni faussée d’une manière sensible du fait du contrat en cause*”⁵¹⁵.

Note-se que a apreciação da sensibilidade da restrição deve ser vista, na ótica da Comissão, como um instrumento de eficiência processual que visa evitar a necessidade de aplicação das regras da concorrência a “bagatelas” jurídicas, ou seja, de acordos cujo impacto não possa ser mais do que negligenciável, e não como um requisito de avaliação do poder de mercado das empresas em causa como condição prévia da aplicação do artigo 101.º, n.º 1⁵¹⁶.

⁵¹⁵ A avaliação da sensibilidade da restrição como limiar mínimo de intervenção seria posteriormente incorporada na jurisprudência do Tribunal de Justiça, no Acórdão *Völk*, em esp. n.º 7.

⁵¹⁶ Por outro lado, não se deve confundir a noção de *afecção sensível da concorrência* com a noção de *afecção sensível do comércio entre Estados-Membros*, que constitui um segundo critério *de minimis* a ter em conta para efeitos de aplicação do artigo 101.º, n.º 1. Ver Acórdão de 25.11.1971, *Béguelin Import Co. c. S.A.G.L. Import Export*, 22/71, EU:C:1971:113, adiante “Acórdão *Béguelin*”, n.º 16, e Orientações relativas à afetação do comércio, n.º 53. Para este efeito, a Comissão considera que os acordos que envolvam empresas que detenham uma quota de mercado de 5% e um limiar de volume de negócios de EUR 40 milhões não são suscetíveis de afetar o comércio entre Estados-Membros. Quanto à distinção dos dois testes – que na sequência da revisão de 2014 da Comunicação *De Minimis*, e no que respeita à qualificação de uma restrição da concorrência pelo objeto, passam a ser subsumidos num só – ver, e.g., (WHISH & BAILEY, 2015, pp. 148-157), (PETIT, 2013, pp. 222-223, 229-237).

Esta é uma questão particularmente relevante, à luz da clarificação jurisprudencial introduzida pelo Acórdão *Expedia*⁵¹⁷, e que foi incorporada na revisão de 2014 da Comunicação *De Minimis*.

Refira-se que a avaliação da sensibilidade da restrição, em especial em relação a restrições da concorrência pelo objeto, sempre foi alvo de disputa doutrinária⁵¹⁸, e alguma incerteza normativa. Como referimos anteriormente, a introdução da avaliação da sensibilidade da restrição surge, pela primeira vez, numa decisão da Comissão relativa à avaliação de um acordo vertical que poderia ter um efeito restritivo no mercado comum; em contrapartida, no Acórdão *Völk*, o Tribunal de Justiça aplicou o mesmo princípio em relação a um acordo vertical, com um objeto restritivo da concorrência.

Finalmente, nas Orientações relativas à aplicação do artigo 101.º, n.º 3, a sensibilidade da restrição é invocada no âmbito da avaliação das restrições da concorrência pelo efeito, mas não no quadro das restrições da concorrência pelo objeto. Resultava destas Orientações e das Comunicações *De Minimis* (até à revisão de 2014), pelo menos *a contrario*, que a invocação dos critérios relativos à posição das empresas no mercado estaria disponível no quadro da aplicação do artigo 101.º, n.º 1 a restrições da concorrência pelo objeto; questionar-se-ia, então, se no que respeita também as restrições pelo objeto, esta exclusão também se aplicaria, ou, pelo contrário, deveriam sempre ser consideradas sensíveis.

⁵¹⁷ Cf. Acórdão *Expedia*, n.º 37: “Há, portanto, que considerar que um acordo suscetível de afetar o comércio entre os Estados-Membros e que tenha um objetivo anticoncorrencial constitui, pela sua natureza e independentemente de qualquer efeito concreto do mesmo, uma restrição sensível à concorrência”.

⁵¹⁸ Ver (WHISH & BAILEY, 2015, p. 148 e ss.), (BELLAMY & CHILD, 2013, pp. 148, 169 e ss.) e (BAILEY, 2012, p. 590). Duas posições distintas sobre esta temática, à luz da jurisprudência do Acórdão *Expedia*, podem ser encontradas em (ORTEGA GONZÁLEZ, 2013a) e (KING, 2015b). Regressaremos a este tópico a propósito da jurisprudência do Tribunal de Justiça sobre o conceito da sensibilidade da restrição da concorrência como critério de aplicação do artigo 101.º, n.º 1.

Importa aqui referir que a Comunicação *De Minimis*, enquanto tal, não vincula o Tribunal nem, a propósito, as ANC ou os tribunais nacionais⁵¹⁹, visando expor a maneira como a Comissão aplicará o artigo 101.º nas circunstâncias em que os critérios de afetação negligenciável da concorrência por si definidos se verifiquem⁵²⁰. Para todos os efeitos, configura uma opção de política de concorrência não perseguir infrações que afetem de modo negligenciável a concorrência no mercado, sem prejuízo de tais condutas continuarem a ser consideradas atos ilícitos, nomeadamente para efeitos de ações de indemnização.

Daí aventar-se a possibilidade deixada às empresas de, perante uma decisão condenatória, poderem contestar a sensibilidade da restrição que lhes é imputada à luz da posição que detêm no mercado ou, em contrapartida, vícios de fundamentação da decisão à luz, nomeadamente, da não definição – ou definição incorreta – do mercado relevante onde ocorre a prática⁵²¹.

Tal suposição, todavia, parece conflitar com a própria noção de restrição da concorrência pelo objeto, em especial as manifestações de coordenação empresarial em que o impacto presumido na concorrência é manifesto, designadamente acordos de fixação de preços ou de repartição de mercados⁵²²,

⁵¹⁹ Cf. Comunicação *De Minimis*, n.º 7, e, no mesmo sentido, Acórdão *Expedia*, n.ºs 28-29.

⁵²⁰ Cf. Comunicação *De Minimis*, n.º 5.

⁵²¹ Tendo em conta, designadamente, alguma jurisprudência do Tribunal de Justiça que aplica o teste da sensibilidade a restrições pelo objeto. Cf., e.g., Acórdão *Völk*, cit., e o Acórdão de 6.5.1971, *SA Cadillon c. Firma Höss*, 1/71, EU:C:1971:47, n.º 9, adiante “Acórdão *Cadillon*”, relativamente a acordos verticais. Neste sentido, ver (KING, 2015b) e (BELLAMY & CHILD, 2013, p. 148). Contra, ver e.g., (ORTEGA GONZÁLEZ, 2013a, pp. 462-463). Ver igualmente (FAULL et al., 2014, pp. 243-247), considerando que dificilmente se poderá considerar que uma restrição da concorrência pelo objeto, designadamente um acordo de fixação de preços ou de repartição de mercados, não constitua pela sua própria natureza uma afetação sensível da concorrência.

⁵²² Tenha-se todavia em conta o Acórdão de 16.6.2011, *Ziegler SA c. Comissão*, T-199/08, EU:T:2011:285, n.ºs 44 a 45, adiante “Acórdão *Ziegler*”, recordando que “a obrigação de proceder a uma delimitação do mercado numa decisão adotada em aplicação do artigo 85.º CE impõe-se à Comissão quando, sem essa delimitação, não é possível determinar se o acordo ou a prática concertada em causa é suscetível de afectar as trocas comerciais entre Estados-Membros e tem por objetivo ou efeito impedir, restringir ou falsear o jogo da concorrência”. Esta conclusão é apresentada em resposta à observação da Comissão, nos termos da qual “no caso de os argumentos da recorrente se referirem à Comunicação da Comissão relativa aos acordos de

onde a presunção de impacto negativo é um elemento intrínseco à própria caracterização da restrição⁵²³, e que o objetivo da afetação sensível da concorrência surge normalmente associada à própria comissão deste tipo de restrições⁵²⁴.

Na sequência do Acórdão *Expedia*, a questão parece ter ficado, por ora, resolvida, no que respeita à aplicação do teste da sensibilidade do impacto da prática na concorrência no que respeita às restrições pelo objeto *in genere*, recolocando a discussão sobre a avaliação económica no impacto das condutas das empresas nos mercados, para efeitos de aplicação do artigo 101.º, assente na apreciação da posição das empresas, na suscetibilidade de afetação do comércio entre Estados-Membros⁵²⁵.

Se a Comunicação *De Minimis* de 2001 excluía do seu âmbito de aplicação apenas as restrições “graves”, de natureza vertical ou horizontal, expressamente elencadas na Comunicação⁵²⁶, a revisão de 2014 veio excluir do seu âmbito de aplicação as restrições pelo objeto, quando sejam suscetíveis de afetar o comércio entre os Estados-Membros⁵²⁷. Nestes termos, acordos que contenham

pequena importância que não restringem sensivelmente a concorrência nos termos do n.º 1 do artigo 81.º CE... esses argumentos são inoperantes, porquanto as restrições caracterizadas, nomeadamente a fixação de preços e a repartição de mercados, são sempre interditas, independentemente das quotas de mercado das empresas envolvidas.” (cf. n.º 35).

⁵²³ Ver, e.g., (MORAIS, 2009b, p. 29).

⁵²⁴ Ver, e.g., o Acórdão do Tribunal Geral de 8.7.2004, *Mannesmannröhren-AG c. Comissão*, T-44/00, EU:T:2004:218, adiante “Acórdão do Tribunal Geral “*Mannesmannröhren-Werke*”, n.ºs 130 a 132.

⁵²⁵ Assim, e em bom rigor, o artigo 101.º, n.º 1 não deixa de se aplicar apenas a restrições sensíveis da concorrência, ainda que qualificadas como restrições pelo objeto; todavia, quando tais restrições sejam suscetíveis de afetar o comércio entre Estados-Membros (o que, refira-se, denota já uma posição de mercado não negligenciável das empresas envolvidas), as mesmas serão proibidas pelo artigo 101.º, n.º 1, independentemente dos efeitos na concorrência.

⁵²⁶ Cf. Comunicação *De Minimis* de 2001, n.º 11.

⁵²⁷ Cf. Comunicação *De Minimis*, n.ºs 2 e 13: “a Comissão não irá, portanto, aplicar o ‘porto seguro’ criado pelos limiares de quota de mercado estabelecidos nos pontos 8, 9, 10 e 11 a esses acordos”. Os exemplos dados pela Comissão a este respeito, relativamente a acordos entre concorrentes, são os mesmos que estavam elencados nas exclusões da Comunicação *De Minimis* de 2011, n.º 11,

restrições da concorrência pelo objeto e que, cumulativamente, preencham os limiares de afetação sensível do comércio entre Estados-Membros, não poderão beneficiar dos limiares *De Minimis*.

Refira-se que a evolução das Comunicações *De Minimis*, desde a sua primeira versão em 1970⁵²⁸, até 2014, revela uma maior permissividade da Comissão em relação à avaliação da compatibilidade dos acordos entre empresas, pelo progressivo aumento do limiar mínimo do que se considera negligenciável. Assim, nas três versões iniciais da Comunicação *De Minimis* (1970, 1977 e 1986), o “porto seguro” era definido por um limiar de 5% de quota de mercado. A revisão de 1997, já na sequência da abordagem mais económica às restrições verticais, veio alargar o limiar para este tipo de acordos (excluindo restrições “graves”) para 10%, fixando-se os limiares atualmente vigentes, de 10% e 15% para os acordos entre concorrentes e para acordos verticais, respetivamente, na Comunicação *De Minimis* de 2001⁵²⁹.

A exclusão de restrições da concorrência pelo objeto que afetem o comércio entre Estados do âmbito de aplicação da Comunicação *De Minimis*, determina que as empresas não possam invocar a sua posição de mercado, ou vícios relacionados com a definição do mercado relevante (ou a sua ausência)⁵³⁰, no quadro da sua defesa no âmbito de uma eventual investigação, a não ser que essa questão seja necessária para avaliar o cumprimento do critério da afetação sensível do comércio entre Estados⁵³¹.

alargando a exclusão a qualquer tipo de acordo (incluindo, portanto, de natureza vertical), que incluía restrições listadas nos regulamentos de isenção por categoria como restrições graves.

⁵²⁸ Comunicação *De Minimis* de 1970, adotada na sequência do Acórdão *Völk*, de 1969, e que introduz o mecanismo do “porto seguro” baseado no critério da quota de mercado para definir os limiares *de minimis*.

⁵²⁹ Cf. Comunicação *De Minimis* de 2001, n.º 7, e Comunicação *De Minimis*, n.º 8.

⁵³⁰ Cf. Comunicação *De Minimis*, n.º 12: “a fim de calcular a quota de mercado, é necessário determinar o mercado relevante”.

⁵³¹ Cf. Comunicação *De Minimis*, n.º 4.

Em tal circunstância, a definição do mercado relevante, matéria normalmente pouco relevante no contexto da apreciação de restrições da concorrência pelo objeto⁵³², poderá tornar-se necessária para apurar a existência de uma restrição da concorrência pelo objeto abrangida pelo artigo 101.º, n.º 1⁵³³.

1.1.2. A relevância das restrições por objeto na prática decisória da Comissão

No âmbito comunitário, a modernização adjetiva introduzida pelo Regulamento 1/2003 teve como principal consequência a eliminação do sistema de notificação prévia de acordos para obtenção da isenção individual. A substituição do sistema centralizado de verificação dos requisitos do artigo 101.º, n.º 3 introduzido pelo Regulamento 17/62, por um regime de *exceção legal* permitiu à Comissão – como ilustrado no Livro Branco de 1999 –, mas também às ANC⁵³⁴, empenhar os recursos disponíveis na deteção e punição das infrações mais graves às regras de concorrência, designadamente (no quadro da aplicação do artigo 101.º), aos acordos horizontais com maior potencial de impacto negativo sobre o bem-estar e a afetação eficiente de recursos, os acordos de

⁵³² A não ser quando a definição do mercado relevante se torna necessária para a compreensão da própria teoria do dano subjacente à verificação de uma restrição da concorrência. Cf., neste sentido, Acórdão de 6.7.2000, *Volkswagen AG c. Comissão*, T-62/98, EU:T:2000:180, n.º 230, adiante “Acórdão do Tribunal Geral *Volkswagen*”. Um exemplo onde essa definição poderá tornar-se necessária encontra-se descrita na matéria de facto subjacente ao pedido prejudicial que está na origem do Acórdão *Allianz Hungária*, já citado, onde o Tribunal de Justiça acaba por abrir a porta a uma avaliação contextual extensiva para determinar se o feixe de acordos verticais e horizontais em causa poderia constituir uma restrição da concorrência pelo objeto. Ver, igualmente, (FERRO, 2015, p. 292 e ss.).

⁵³³ Ver, e.g., Acórdão de 11.7.2013, *Gosselin Group c. Comissão*, C-429/11 P, EU:C:2013:463, n.ºs 67 e 68.

⁵³⁴ Ver a análise realizada por (W. WILS, 2013). O autor destaca dois fenómenos interessantes a respeito da aplicação do Regulamento 1/2003 e do sistema descentralizado de aplicação das regras do Tratado: em primeiro lugar, o número total de decisões de proibição proferidas pela Comissão manteve-se relativamente estável face ao que se verificava no quadro da aplicação do Regulamento 17/62; em segundo lugar, e como claro *sucesso* da implementação do modelo descentralizado, a aplicação das regras do Tratado pelas ANC revela um aumento exponencial das decisões de proibição a nível nacional, pelo que o efeito cumulativo da aplicação dos artigos 101.º e 102.º pela Comissão e pelas ANC é claramente superior ao que se verificava anteriormente.

cartel, bem como aos acordos horizontais e verticais com maior impacto negativo na concorrência⁵³⁵.

Esperar-se-ia aqui, portanto, uma maior preponderância das infrações por efeito na prática decisória da Comissão, à luz da abordagem mais económica assente numa análise dos efeitos que, como vimos anteriormente, surge como o *leitmotiv* da política comunitária da concorrência, desde o final da década de 1990.

Se, no que respeita ao primeiro aspeto que seria expectável identificar na prática decisória atual, a realidade demonstra efetivamente um empenho significativo da Comissão na deteção e punição dos acordos de cartel⁵³⁶, que se

⁵³⁵ Designadamente acordos que tenham por objeto a criação de barreiras artificiais à integração dos mercados nacionais, uma vez que o objetivo da integração continua presente na prática decisória da Comissão em aplicação do artigo 101.º, n.º 1.

⁵³⁶ Não existe uma definição legal de acordo de cartel, a nível da União Europeia ou em Portugal, tratando-se em bom rigor de uma qualificação indicativa quanto à especial perniciosidade de determinadas manifestações de coordenação empresarial cujo único objetivo real consiste na eliminação da rivalidade entre os participantes ou destes com terceiros. Neste sentido, ver e.g., (BORK, 1965, p. 781). Na *Recomendação do Conselho da OCDE sobre uma ação efetiva contra os cartéis injustificáveis*, de 1998, é apresentada uma descrição funcional para os acordos de cartel *hard core*, configurados como um acordo anticoncorrencial, prática concertada anticoncorrencial ou “arranjo” anticoncorrencial entre empresas concorrentes para fixar preços, apresentar propostas combinadas (conluíus em concursos públicos), fixar restrições à produção ou quotas, partilhar ou dividir mercados pela atribuição de clientes, fornecedores, territórios ou áreas de atividade. A nível da União Europeia, a qualificação de um acordo restritivo da concorrência como um acordo de cartel surge associado normalmente às condições de atribuição de imunidade em matéria de coimas; assim, a Comunicação relativa à imunidade em matéria de coimas, de 2006, define o seu âmbito objetivo de aplicação aos “*cartéis secretos que afetem a Comunidade*” (cf. n.º 1). Para este efeito, a Comissão entende que “*os cartéis consistem em acordos e/ou práticas concertadas entre dois ou mais concorrentes que têm por objetivo coordenar o seu comportamento concorrencial no mercado e/ou influenciar os parâmetros relevantes da concorrência através de práticas como a fixação de preços de aquisição ou de venda ou outras condições de transação, a atribuição de quotas de produção ou de venda, a repartição de mercados, incluindo a concertação em leilões e concursos públicos, a restrição das importações ou exportações e/ou ações anticoncorrenciais contra outros concorrentes*” (loc. cit.). Já em Portugal, o primeiro regime de imunidade em matéria de coimas por infrações às regras de concorrência, instituído pela Lei n.º 39/2006, de 25 de agosto, não dispunha de uma delimitação do âmbito objetivo recortada em termos equivalentes aos do regime da Comissão, prevendo apenas a sua aplicação no âmbito de processos que tivessem por objeto práticas concertadas e acordos proibidos pelo artigo 4.º da Lei n.º 18/2003, de 11 de junho. A revisão da Lei da Concorrência, introduzida pela Lei n.º 19/2012, de 8 de maio, veio alinhar o regime nacional de atribuição de imunidade em matéria de coimas pelo regime comunitário, muito embora dispensando tanto o recurso ao

traduz no maior acervo de decisões de proibição em aplicação do artigo 7.º do Regulamento 1/2003⁵³⁷, o segundo aspeto manifesta, em contrapartida, uma menor apetência decisória por práticas restritivas da concorrência pelo efeito, revelando pelo contrário uma prática processual essencialmente devotada à investigação e proibição de comportamentos qualificados como objetivamente restritivos da concorrência.

Com efeito, desde 1 de maio de 2004, e excluindo as decisões adotadas em relação a acordos de cartel, a Comissão adotou pouco mais de 19 decisões de proibição por infração ao artigo 101.º, n.º 1⁵³⁸, das quais apenas duas respeitam à verificação de restrições pelo efeito⁵³⁹.

conceito de “acordo de cartel”, como ao critério do “secretismo” da concertação. Cf. artigo 75.º da Lei da Concorrência. Por outro lado, a qualificação de um acordo restritivo da concorrência pode assumir especial relevância, em particular no âmbito de jurisdições nacionais onde os participantes singulares de tais acordos sejam objeto de sanções criminais, caso do Reino Unido que criminalizou a participação em cartéis, no *Enterprise Act* de 2002. Ver (HARDING & JOSHUA, 2010, p. 347 e ss.).

⁵³⁷ No período entre 1.5.2004 e 30.6.2016 foram emitidas cerca de 70 decisões de proibição relativas a acordos de cartel pela Comissão Europeia.

⁵³⁸ Ver Comissão Europeia (2014) e (W. WILS, 2015). Em comparação, no mesmo período foram proferidas cerca de 70 decisões ao abrigo do artigo 7.º do Regulamento 1/2003 relacionadas com acordos de cartel, e quase 40 decisões ao abrigo do artigo 9.º do Regulamento 1/2003. Para efeitos da nossa análise, considerámos todas as decisões emitidas pela Comissão desde a data de entrada em vigor do Regulamento 1/2003 (1.5.2004), até 30.06.2016, excluindo decisões adotadas ao abrigo do artigo 9.º do Regulamento 1/2003 (aceitação de compromissos sem conclusão quanto à existência de uma infração), e as decisões de proibição relativas a acordos de cartel. Atendendo a tais pressupostos, neste período foram adotadas, designadamente, as seguintes decisões de proibição que qualificam as práticas em causa como restrições da concorrência pelo objeto: Decisão da Comissão de 26.5.2004, no proc. COMP/C-3/37.980, *Souris-Topps*, adiante “Decisão *Souris-Topps*”; Decisão da Comissão de 24.6.2004, no proc. COMP/A.38549, *Ordem dos Arquitetos Belga*, adiante “Decisão *OAB*”; Decisão da Comissão de 26.10.2004, no proc. COMP/38.662, *GDF/ENEL/ENI*, adiante “Decisão *GDF*”; Decisão da Comissão de 5.10.2005, nos proc. COMP/E2/36623, 36820, 37275, *SEP e o./Automobiles Peugeot SA*, adiante “Decisão *SEP*”; Decisão da Comissão, de 17.10.2007, no proc. COMP/D1/38.606, *Groupement des Cartes Bancaires*, adiante “Decisão *Groupement des Cartes Bancaires*”; Decisão da Comissão, de 16.7.2008, no proc. COMP/C-2/38.698, *CISAC*, adiante “Decisão *CISAC*”; Decisão da Comissão, de 8.12.2010, no proc. COMP/39510, *Ordre national des Pharmaciens*, adiante “Decisão *ONP*”; Decisão da Comissão, de 23.1.2013, no proc. COMP/39.839, *Telefónica/Portugal Telecom*, adiante “Decisão *Telefónica/PT*”; Decisão da Comissão, de 19.6.2013, no proc. AT.39226, *Lundbeck*, adiante “Decisão *Lundbeck*”; Decisão da Comissão, de 10.12.2013, no proc. AT.39685, *Fentanilo*, adiante “Decisão *Fentanilo*”; Decisão da Comissão, de 9.7.2014, no proc. AT.39612, *Servier*, adiante “Decisão *Servier*”. A Decisão da Comissão de 3.10.2007, no proc. COMP/D1/37860, *Morgan Stanley/Visa International e Visa Europe*, adiante “Decisão *Morgan Stanley/Visa*”, e a Decisão *MasterCard I*, são as únicas decisões emitidas neste período em que se conclui pela existência de uma infração ao artigo 101.º, n.º 1 apenas pelo efeito restritivo da prática.

Este acervo da prática decisória da Comissão reflete uma clara orientação para aplicação do artigo 101.º, n.º 1 confinado a restrições pelo objeto e, neste âmbito, especial destaque é dado à deteção e punição dos acordos de cartel, como manifestações mais sérias de infração às regras de concorrência, assim consideradas tanto na perspetiva *estrutural* da rivalidade do processo concorrencial, como na perspetiva neoclássica de “Chicago”, através da afetação do bem-estar pelo impacto na eficiência na afetação de recursos⁵⁴⁰.

Com efeito, a explicação para a importância que a política de concorrência atribui ao combate aos cartéis⁵⁴¹, tem fundamentos económicos sólidos⁵⁴², mas o

⁵³⁹ Ver Decisão da Comissão *Morgan Stanley/Visa*, onde a Comissão conclui pela existência de efeitos restritivos decorrentes da recusa, pela Visa, em aceitar a adesão da Morgan Stanley ao sistema de pagamentos Visa, sem se pronunciar quanto ao objeto restritivo da recusa, e a Decisão *MasterCard I*, onde a Comissão assume não poder apresentar uma conclusão quanto ao objeto restritivo da prática imputada à MasterCard – a fixação de uma comissão a aplicar entre os membros emissores e os membros aceitantes do sistema de pagamentos MasterCard, para transações transfronteiriças no Espaço Económico Europeu –, embora entenda que os efeitos restritivos decorrentes desta prática são manifestos.

⁵⁴⁰ Para uma descrição das principais tipologias de acordos de cartel investigados pela Comissão, com abundantes exemplos, ver (COLOMBANI, KLOUB, & SAKKERS, 2014, pp. 1027-1051).

⁵⁴¹ Ver, e.g., XLIII Relatório sobre a Política de Concorrência (2013), pp. 3-5, onde a Comissão descreve em detalhe as diversas decisões relativas a cartéis identificados nos sectores industrial, matérias primas, alimentação e serviços financeiros, colocando a tónica na importância da política de combate aos cartéis em prol da competitividade da economia: “*Os custos de matérias primas artificialmente inflacionados por comportamentos e estruturas de mercado anti concorrenciais têm efeitos prejudiciais sobre a competitividade da Europa nos mercados mundiais e sobre as suas perspetivas de crescimento global. Escusado será dizer, o aumento dos custos das matérias primas traduz-se igualmente por preços finais mais elevados para os consumidores europeus. Uma aplicação sólida da legislação de combate aos cartéis é fundamental neste contexto. Os cartéis movem-se frequentemente nos setores das matérias primas e intermédias, pelo que a Comissão centrou neles os seus esforços de aplicação da legislação. Nos últimos anos, em resultado de várias investigações bem sucedidas, foram desmantelados cartéis que tinham inflacionado os preços das matérias primas e lesado gravemente a competitividade da UE.*”

⁵⁴² Assim, ver (GERADIN et al., 2012, p. 392): “*The very reason why competition officials never seem to run short of harsh enough words to describe cartels can be found in economic theory. Economists unanimously agree that a cartel produces significant welfare losses, which probably exceed those of a monopoly... A cartel is, in fact, comparable to a collective monopoly. It therefore exhibits all the inefficiencies associated with that form of organization: allocative inefficiencies (customers who are willing to pay a price higher than the costs of the producers, but inferior to the cartel price, are nonetheless not served) and distributive inefficiencies (unequal distributions of surplus). In addition, however, because a cartel is collective in nature, it exhibits none of the efficiencies that arise from a single firm monopoly. The productive efficiencies and, more particularly, the economies of scale generally associated with size tend to be absent, at least in principle, because production is spread across several undertakings. Further, cartels are not a*

principal esforço envolvido na sua punição concentra-se no essencial na deteção e na prova do acordo em si, e não na demonstração dos efeitos negativos sobre a concorrência⁵⁴³.

Com efeito, uma restrição por objeto é proibida independentemente da demonstração de efeitos negativos no mercado⁵⁴⁴. A ausência de uma intenção ou propósito restritivo⁵⁴⁵, a não implementação do acordo⁵⁴⁶, ou a manutenção de uma conduta agressiva no mercado parte das empresas envolvidas⁵⁴⁷, não prejudicam a conclusão por uma infração ao artigo 101.º, n.º 1, se a restrição preencher os requisitos da qualificação por objeto.

Por outro lado, a Comissão considera que tais restrições, “à luz dos objetivos prosseguidos pelas regras comunitárias da concorrência, têm um elevado potencial em termos de efeitos negativos na concorrência”. Tal conclusão “baseia-se na natureza grave da restrição e na experiência que demonstra ser provável que as restrições da concorrência por objetivo tenham efeitos negativos no mercado e contrariem os objetivos das regras comunitárias da concorrência”⁵⁴⁸.

source of dynamic efficiencies. Cartel participants have indeed no incentive to engage in costly business or technological innovation, unless they want to defect from the cartel. In sum, according to modern economy theory, the cartel has all the disadvantages of monopoly power without any of its potential benefits”. Ver, igualmente, (MOTTA, 2004, p. 137 e ss.), (BISHOP & WALKER, 2010, p. 163 e ss.) e (KAPLOW, 2013, p. 219 e ss.).

⁵⁴³ Nestes termos, ver (MOURA E SILVA, 2007, p. 47 e ss.) e (HARDING & JOSHUA, 2010, p. 149 e ss.).

⁵⁴⁴ Cf., e.g., Acórdão *Consten*, n.º 7 e Acórdão *Hüls*, n.º 163-165.

⁵⁴⁵ Cf., e.g., Acórdão de 6.4.2006, *General Motors BV c. Comissão*, C-551/03 P, EU:C:2006:229, adiante “Acórdão *General Motors*”, n.º 64.

⁵⁴⁶ Cf., e.g., Acórdão de 21.2.1984, *Hasselblad Ltd c. Comissão*, 86/82, EU:C:1984:65, adiante “Acórdão *Hasselblad*”, n.º 45-46.

⁵⁴⁷ Cf., e.g., Acórdão de 16.6.2011, *FMC Foret SA c. Comissão*, T-191/06, EU:T:2011:277, adiante “Acórdão do Tribunal Geral *FMC Foret*”, n.º 250 a 253.

⁵⁴⁸ Cf. Orientações relativas à aplicação do artigo 101.º, n.º 3, n.º 19.

Todavia, na generalidade dos casos de cartéis, a Comissão imputa a infração a título de objeto e efeito, extraíndo da execução do acordo em causa o efeito negativo sobre a concorrência⁵⁴⁹.

Esta qualificação não é irrelevante, em particular para efeitos de determinação da moldura sancionatória⁵⁵⁰, bem como, no âmbito de eventuais ações de responsabilidade civil contra as empresas envolvidas na infração, como aliás o Tribunal de Justiça sublinhou no Acórdão *T-Mobile*⁵⁵¹. Note-se, no entanto, que tal análise de efeitos se limita a contemplar a implantação ou execução do acordo, espelhada num determinado comportamento adotado pelas empresas no mercado, e não na aferição dos impactos da prática no bem-estar do consumidor.

No âmbito da aplicação do artigo 101.º, n.º 1, os acordos de cartel são sempre caracterizados como restrições pelo objeto, conclusão assente numa forte presunção de impactos concorrenciais negativos⁵⁵², dispensando por isso a Comissão de especiais desenvolvimentos na configuração das teses de dano

⁵⁴⁹ Cf. Orientações relativas à aplicação do artigo 101.º, n.º 3, n.º 27: *“em alguns casos, pode ser possível demonstrar directamente os efeitos anticoncorrenciais, através da análise da conduta no mercado das partes num acordo. Pode, por exemplo, ser possível estabelecer que um acordo conduziu a um aumento dos preços”*.

⁵⁵⁰ Ver, em especial, as Orientações relativas ao cálculo de coimas, n.º 22: *“A fim de decidir se a proporção do valor das vendas a tomar em consideração num determinado caso se deverá situar num nível inferior ou superior desta escala, a Comissão terá em conta certos factores, como a natureza da infracção, a quota de mercado agregada de todas as partes em causa, o âmbito geográfico da infracção e se a infracção foi ou não posta em prática”*.

⁵⁵¹ Cf. Acórdão *T-Mobile*, n.º 31: *“Quanto à apreciação do objetivo anticoncorrencial de uma prática concertada como a que está em causa no processo principal, importa recordar, em primeiro lugar, que, (...), para ter um objetivo anticoncorrencial, basta que a prática concertada seja susceptível de produzir efeitos negativos sobre a concorrência. Por outras palavras, a prática em causa apenas tem de ser concretamente apta, atendendo ao contexto jurídico e económico em que se insere, a impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado comum. A questão de saber se e em que medida esse efeito se verifica realmente só tem importância para calcular o montante das coimas e avaliar os direitos a indemnizações.”* A este respeito, ver a Diretiva relativa a ações de indemnização, considerando 47: *“convém presumir que as infracções cometidas por cartéis dão origem a danos, em especial através de um efeito sobre os preços. Em função das circunstâncias específicas de cada caso, os cartéis dão origem ao aumento de preços ou impedem a descida de preços que, de outro modo ocorreriam na sua ausência”*, e o artigo 17.º, n.º 2: *“presume-se que as infracções de cartel causam danos. O infrator tem o direito de ilidir essa presunção”*.

⁵⁵² Cf. Orientações relativas à aplicação do artigo 101.º, n.º 3, n.º 21.

alegadas para discutir o impacto da conduta na concorrência; com efeito, a generalidade das decisões de proibição relacionadas com acordos de cartel caracteriza-se por uma extensa descrição factual suportada na prova documental obtida, e menos na análise do impacto, atual ou potencial, do acordo na concorrência – provado o acordo, demonstra-se a infração.

Como consequência, as questões dogmaticamente mais relevantes que emanam da prática decisória e jurisprudencial relativa aos acordos de cartel têm maior relevância no âmbito das questões probatórias relativas à existência do acordo e nas presunções judiciais desenvolvidas pelo Tribunal a este respeito⁵⁵³, e menos quanto à densificação do conceito de restrição de concorrência inerente ao próprio cartel investigado, ou do *objeto e efeito* restritivo deste tipo de condutas⁵⁵⁴.

Assume, por isso, especial importância avaliar o conjunto de decisões da Comissão, em aplicação do artigo 101.º, n.º 1, fora do âmbito concreto do combate aos cartéis, tanto a nível de decisões de proibição no âmbito do artigo 7.º, como nos procedimentos de compromissos adotados ao abrigo do artigo 9.º, ambos do Regulamento 1/2003.

Todavia, também aqui somos confrontados com outra manifestação adjetiva da modernização do Direito europeu da concorrência, o recurso sistemático ao mecanismo do artigo 9.º do Regulamento 1/2003 para a encerramento de investigações a práticas eventualmente restritivas da

⁵⁵³ A título de exemplo, o desenvolvimento jurisprudencial do conceito de prática concertada (ver, e.g., o Acórdão de 16.12.1975, *Coöperatieve Vereniging ‘Suiker Unie’ UA e o. c. Comissão*, 40 a 48, 50, 54 a 56, 111, 113 e 114/73, EU:C:1975:174, adiante “Acórdão *Suiker Unie*”), ou o tratamento dos acordos de cartel como infrações complexas, sob a qualificação de “acordos e/ou práticas concertadas” (ver, e.g., o Acórdão de 8.7.1999, *Comissão c. Anic Partecipazioni SpA*, C-49/92 P, EU:C:1999:356, adiante “Acórdão *Anic*”). Por todos, ver (MOURA E SILVA, 2007). A referência ao conceito de “presunção”, neste contexto, deve ser entendida *cum grano salis*, uma vez que a verificação e prova dos factos que permitem à Comissão concluir, v.g., por uma infração complexa, não deixam de ser sujeitas ao controlo judicial do Tribunal Geral. Neste sentido, ver e.g. (AGERBEEK, 2015, p. 40).

⁵⁵⁴ Justificando, pois, que alguns autores qualifiquem tais práticas como infrações proibidas *per se* no Direito europeu da concorrência. Neste sentido, ver (COLOMBANI et al., 2014, p. 1025).

concorrência, e em especial em relação a restrições por objeto, mediante a apresentação de compromissos por parte das empresas envolvidas na investigação que sejam suscetíveis de aliviar as preocupações preliminares manifestadas pela Comissão⁵⁵⁵.

Em tais circunstâncias, a decisão final da Comissão apresentará uma avaliação necessariamente perfunctória das preocupações resultantes da sua apreciação preliminar, sem, no entanto, concluir formalmente pela existência de uma infração⁵⁵⁶.

Os objetivos de eficiência processual que presidem à decisão de encerrar uma investigação mediante a aceitação de compromissos relativos à conduta futura das partes, podem colidir com os objetivos de aplicação eficaz e coerente das normas do Tratado⁵⁵⁷ suscitar questões a nível da coerência do quadro de análise utilizado pela Comissão em cada caso⁵⁵⁸, e do controlo jurisdicional

⁵⁵⁵ Cf. artigo 9.º, n.º 1 do Regulamento 1/2003: “Quando a Comissão tencione aprovar uma decisão que exija a cessação de uma infração e as empresas em causa assumirem compromissos suscetíveis de dar resposta às objeções expressas pela Comissão na sua apreciação preliminar, esta pode, mediante decisão, tornar estes compromissos obrigatórios”.

⁵⁵⁶ Outros exemplos recentes de aplicação do artigo 9.º podem ser encontrados na Decisão da Comissão, de 12.5.2015, no proc. AT.39964, *Air France/KLM/Alitalia/Delta*, adiante “Decisão Rotas transatlânticas”; na Decisão da Comissão, de 26.2.2014, no proc. COMP/39398, *Visa MIF*, adiante “Decisão Visa III”; e na Decisão da Comissão, de 18.6.2012, no proc. COMP/39736, *Siemens/Areva*, adiante “Decisão Siemens/Areva”; e Decisão de 12.12.2012, proc. COMP/39847, *E-Books*, e Decisão de 25.7.2013, proc. COMP/39847, *E-Books*, adiante, e em conjunto, “Decisão E-Books”. Note-se que, com exceção da Decisão *Visa III*, os exemplos citados correspondem a investigações onde são identificadas, ainda que preliminarmente, restrições da concorrência pelo objeto.

⁵⁵⁷ Assim, (W. WILS, 2006, p. 345 e ss.).

⁵⁵⁸ Assim, na Decisão *E-Books*, n.º 92, a Comissão identifica uma preocupação clara com o objetivo da prática concertada identificada na eliminação dos incentivos para redução dos preços de retalho de livros eletrónicos, ou para o seu aumento, e conclui preliminarmente pela qualificação da prática como uma restrição por objeto (cf. n.º 93); na Decisão da Comissão, de 14.10.2009, no proc. 39416, *Classificação de navios*, n.º 13, a Comissão refere-se apenas às desvantagens competitivas resultantes das regras da associação IACS (*International Association of Classification Societies*), para as empresas que dela não fizessem parte; noutros casos, a análise efetuada sugere uma maior preocupação com a manutenção de condições de acesso e de rivalidade no mercado. Ver, a título de exemplo, a Decisão da Comissão, de 12.4.2006, no proc. COMP/B/1/38348, *Repsol CPP*, n.º 24, e a Decisão da Comissão, de 23.5.2013, no proc. AT.39595, *Continental/United/Lufthansa/Air Canada*, adiante “Decisão Star Alliance”, n.º 46.

efetivo destas decisões, em especial quanto à identificação adequada das questões concorrenciais levantadas numa determinada investigação e a sua resolução efetiva mediante os compromissos aceites⁵⁵⁹.

Tratando-se de questões cujo enquadramento jusconcorrencial possa suscitar dúvidas, em especial pelos argumentos de eficiência apresentados em relação a determinados modelos de negócio, ou pela dificuldade em determinar claramente um objeto ou efeito restritivo da concorrência no âmbito de “questões novas” ainda esparsamente tratadas pela economia industrial ou na prática administrativa, o recurso sistemático a este mecanismo⁵⁶⁰, implicando necessariamente uma avaliação sucinta das preocupações jus-concorrenciais identificadas, pode gerar dificuldades na apreensão do modo como a Comissão avalia, em cada caso concreto, o dano concorrencial resultante (efetiva ou potencialmente) de cada prática identificada.

1.2. A prática decisória da Comissão na proibição de restrições da concorrência pelo objeto e pelo efeito

1.2.1. Enquadramento

Por comparação com a atividade sancionatória da Comissão a nível da investigação de acordos de cartel, e com o número de processos arquivados

⁵⁵⁹ Os exemplos de decisões do Tribunal de Justiça em processos concluídos ao abrigo do artigo 9.º são ainda raros. Ver, em especial, o Acórdão de 29.6.2010, *Comissão c. Alrosa*, C-441/07 P, EU:C:2010:377, adiante “Acórdão *Alrosa*”. O Tribunal de Justiça considera que as características e os meios de ação previstos nos artigos 7.º e 9.º do Regulamento 1/2003 são materialmente distintos, o que implica uma conformação distinta da fiscalização jurisdicional das decisões que sejam adotadas ao abrigo dessas disposições (cf. n.ºs 38 a 40), e reconhecendo uma margem de apreciação da Comissão na discussão e aceitação de compromissos apresentados pelas empresas (cf. n.ºs 59 a 69), substancialmente mais alargada do que a nível das decisões adotadas ao abrigo do artigo 7.º (ver, a este respeito, o Acórdão *Remia*, n.º 34, e o Acórdão de 7.1.2004, *Aalborg Portland e o. c. Comissão*, C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P e C-219/00 P, EU:C:2004:6, adiante “Acórdão *Aalborg*”, n.º 279). Sublinhando o facto de as decisões de compromissos adotadas ao abrigo do artigo 9.º do Regulamento 1/2003 assumirem uma natureza essencialmente regulatória de conformação do comportamento futuro das empresas, e por esse motivo ser criticável a diminuição dos poderes de controlo e fiscalização jurisdicional resultantes do Acórdão *Alrosa*, ver (JENNY, 2015).

⁵⁶⁰ Para uma avaliação global da prática decisória da Comissão no âmbito da aplicação do artigo 9.º, ver (W. WILS, 2015).

mediante recurso ao procedimento de arquivamento mediante compromissos, a divergência axiomática a que aludimos supra entre a abordagem mais económica como programa normativo e a prática decisória da Comissão torna-se evidente: desde 1 de maio de 2004, com a entrada em vigor do Regulamento 1/2003, e até 31 de dezembro de 2015, todas as decisões de proibição da Comissão são dirigidas a restrições pelo objeto, com duas notáveis exceções, ambas proferidas em 2007: a Decisão *Morgan Stanley/Visa*, de 3 de outubro de 2007, e da Decisão da Comissão *MasterCard I*, de 19 de dezembro de 2007, ambas relativas a regras de funcionamento dos sistemas de pagamentos com cartão das marcas *Visa* e *MasterCard*, respetivamente.

Se excluirmos as decisões dirigidas a acordos horizontais de fixação de preços, de repartição de mercados ou de fixação de quotas de produção (os típicos acordos de cartel), que, como o Tribunal Geral indicou no seu famoso aresto *European Night Services*⁵⁶¹, constituem as manifestações mais claras de restrições da concorrência pelo objeto, e as decisões dirigidas a formas relativamente clássicas de restrição concorrencial no Direito europeu da concorrência, designadamente por atentarem contra o princípio da integração dos mercados ou por respeitarem a restrições *clássicas* de fixação horizontal de condições comerciais, boicotes ou partilhas de mercados, são pouco expressivas as decisões adotadas relativamente a formas de coordenação empresarial que, pelo menos na sua aparência, não sejam *manifestamente restritivas da concorrência*.

Assim, neste período de tempo, a Comissão adotou decisões de proibição dirigidas a associações profissionais relacionadas com a fixação horizontal, mediante decisão de associação de empresas, de condições comerciais⁵⁶², decisões de proibição relacionadas com acordos de distribuição com cláusulas

⁵⁶¹ Acórdão *European Night Services*, n.º 136.

⁵⁶² Cf. Decisão *OAB*, relativa à fixação de uma tabela de honorários mínimos a cobrar pelos associados, e Decisão *ONP*, relativa à fixação de preços mínimos e de condicionamento da atividade de laboratórios de análises clínicas.

restritivas do comércio entre Estados-Membros⁵⁶³ e decisões de proibição relativas a acordos de não concorrência e repartição de mercados⁵⁶⁴.

Nestes casos, a avaliação jusconcorrencial tanto pode assentar essencialmente numa avaliação do objeto decorrente do teor e da letra do acordo⁵⁶⁵, como na determinação dos impactos do acordo no mercado, cujo objeto restritivo, assente na criação de barreiras artificiais ao comércio entre Estados-Membros, é determinado à luz do objetivo da integração dos mercados nacionais⁵⁶⁶.

Por outro lado, foram também adotadas decisões onde o confronto entre a análise económica dos efeitos e o recurso à categoria da restrição pelo objeto poderá gerar maior desconforto, atendendo à natureza nociva menos óbvia das práticas em causa, pelo menos numa primeira análise.

⁵⁶³ Cf. Decisão *Souris-Topps*, relativa à fixação de condições comerciais nos contratos de distribuição de produtos Nintendo em diversos Estados-Membros que impediam o comércio paralelo, designadamente por impedirem os distribuidores situados num Estado-Membro de venderem a clientes localizados noutro Estado; Decisão *SEP/Peugeot*, tendo por objeto a imposição, pela Peugeot, de restrições aos seus distribuidores quanto à venda de automóveis a consumidores localizados noutros Estados-Membros.

⁵⁶⁴ Cf. Decisão *Telefónica/PT*, tendo por objeto um acordo de não concorrência entre a empresa espanhola Telefónica e a empresa portuguesa Portugal Telecom para o mercado ibérico, e a Decisão *GDF/ENEL/ENI*, relativa a cláusulas fixadas nos acordos de fornecimento de gás entre a empresa francesa GDF e as empresas italianas ENEL e ENI, que impediam a revenda do produto fora de âmbito territorial fixado no contrato de fornecimento.

⁵⁶⁵ Cf. Decisão *Telefónica/PT*, n.ºs 230 e ss., onde se discute com particular interesse a relevância da inclusão da expressão “na medida do permitido por lei” num acordo de não-concorrência. Note-se, em particular, a discussão neste processo relativa à eventual inexistência de *concorrência potencial* entre a Telefónica e a Portugal Telecom, alegada pelas empresas atendendo aos elevados custos inerentes à entrada em cada um dos mercados nacionais abrangidos pelo acordo (Portugal e Espanha), o que teria imposto uma análise de efeitos pela Comissão para concluir pela existência de uma restrição. Este argumento foi afastado em sede recurso, pelo Tribunal Geral, no Acórdão de 28.6.2016, *Telefónica c. Comissão*, T-216/13, EU:T:2016:369, por publicar, em esp. n.ºs 201 e ss., tendo em conta, designadamente, a liberalização do mercado de telecomunicações nos dois países, e a presença das duas empresas em ambos os mercados nacionais, em determinados segmentos do mercado de telecomunicações.

⁵⁶⁶ Cf., nestes termos, a Decisão *SEP/Peugeot*, n.ºs 102 a 135 e a Decisão *Souris-Topps*, n.ºs 86 e ss. Nestes casos, a Comissão concluirá pela imputação da restrição a título de objeto e efeito.

Enquadram-se neste âmbito, as três decisões de proibição tendo por objeto acordos de compensação mediante contrapartidas pelo atraso na introdução de medicamento genéricos no mercado⁵⁶⁷.

Em segundo lugar, um conjunto de três decisões adotadas no âmbito dos mercados relacionados com sistemas de pagamentos com cartão, onde os padrões de avaliação jusconcorrencial clássicos confrontam-se com estruturas de mercado complexas, e onde a apreciação do objeto de uma prática deve ter em conta não apenas o mercado onde esta ocorre, mas também os efeitos em mercados com este relacionados⁵⁶⁸.

De seguida, iremos abordar estes dois grupos de decisões autonomamente.

1.2.2. A qualificação de acordos *pay-for-delay* como restrições pelo objeto

Em duas decisões de 2013⁵⁶⁹, e uma de 2014⁵⁷⁰, a Comissão concluiu pela identificação de restrições da concorrência pelo objeto em acordos de resolução de litígios relativos a patentes na indústria farmacêutica⁵⁷¹.

Esta temática tem sido objeto de interesse crescente pela Comissão. Assim, na sua Comunicação relativa ao inquérito sectorial ao sector

⁵⁶⁷ Cf. Decisões *Lundbeck*, *Fentanilo* e *Servier*.

⁵⁶⁸ Cf. Decisão *Morgan Stanley/Visa*, onde a Comissão opta por não se referir ao objeto da restrição, imputando-a a título de efeito; Decisão *Groupement des Cartes Bancaire*, onde a Comissão conclui por uma restrição pelo objeto e pelo efeito; Decisão *MasterCard I*, onde a Comissão decide não poder concluir pela existência de uma restrição da concorrência pelo objeto.

⁵⁶⁹ Cf. Decisão *Lundbeck*, de 19.6.2013, e Decisão *Fentanilo*, de 10.12.2013, ambas já citadas.

⁵⁷⁰ Cf. Decisão *Servier*, de 9.7.2014, já citada.

⁵⁷¹ Sobre esta temática ver, e.g., (HEMPHILL, 2006) e (HOVENKAMP, 2011).

farmacêutico, de 2009⁵⁷², a Comissão dá nota da sua especial preocupação com acordos entre empresas de medicamentos originais (*originadoras*) e empresas de medicamentos genéricos, que tenham por objeto ou efeito atrasar ou impedir a introdução no mercado de produtos farmacêuticos genéricos mediante uma transferência de valor da empresa originadora para a empresa de medicamentos genéricos⁵⁷³.

Desde então, a Comissão tem vindo a acompanhar este tipo de acordos no mercado europeu, através de *exercícios de monitorização* ao abrigo dos seus poderes de vigilância⁵⁷⁴, publicando anualmente relatórios onde avalia o tipo de acordos entre empresas originadoras e empresas de medicamentos genéricos, dos quais resulta que a maioria destes acordos não suscita problemas jusconcorrenciais⁵⁷⁵.

Também nas Orientações relativas aos acordos de transferência de tecnologia⁵⁷⁶, a Comissão refere a temática dos acordos de resolução de litígios e a avaliação da sua compatibilidade com o artigo 101.º, designadamente quando se baseiam numa transferência de valor de uma parte em troca de uma limitação à entrada e/ou expansão no mercado da outra parte⁵⁷⁷. Em tais circunstâncias, poderá ser necessário apurar, designadamente, se as partes são concorrentes

⁵⁷² Cf. Comunicação da Comissão, *Relatório final sobre o inquérito ao sector farmacêutico*, de 8.7.2009, adiante “Relatório sobre o setor farmacêutico”.

⁵⁷³ Cf. Relatório sobre o setor farmacêutico, p. 20 e ss., e em especial, p. 22.

⁵⁷⁴ Cf. artigo 17.º do Regulamento 1/2003.

⁵⁷⁵ Cf., e.g., Comunicação da Comissão, *7th Report on the Monitoring of Patent Settlements*, de 2.12.2015, n.ºs 29 e 30. Em especial, porque tais acordos resultam do exercício legítimo dos direitos de proteção de patentes, ao contrário das restrições que devem ser avaliadas à luz do artigo 101.º, por terem por objetivo atrasar a introdução no mercado dos produtos genéricos, nomeadamente “*através da partilha de lucros através de pagamentos da empresa de medicamentos originais às empresas de genéricos*”. Cf. Relatório sobre o setor farmacêutico, p. 22.

⁵⁷⁶ Comunicação da Comissão, Orientações sobre a aplicação do artigo 101.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia aos acordos de transferência de tecnologia, JO C 89, de 28.3.2014, adiante “Orientações relativas aos acordos de transferência de tecnologia”.

⁵⁷⁷ Cf. Orientações relativas aos acordos de transferência de tecnologia, n.º 238.

efetivos ou potenciais, à imagem dos acordos de licenciamento e da transferência de licenças no âmbito de acordos de resolução de litígios relativos a patentes⁵⁷⁸.

Na Decisão *Lundbeck*, a Comissão conclui pela existência de uma relação de concorrência potencial entre a empresa originadora e as empresas de medicamentos genéricos⁵⁷⁹, uma vez que os direitos de proteção da patente da Lundbeck haviam já expirado no momento em que os acordos com as empresas de medicamentos genéricos são celebrados. Nestes termos, e para a generalidade do Espaço Económico Europeu, o mercado para a comercialização do *citalopram* ficaria aberto à concorrência de empresas de medicamentos genéricos⁵⁸⁰.

Como tal, a transferência de valor da Lundbeck para as empresas em questão faria parte de uma estratégia que teria por objetivo retardar a entrada no mercado de concorrentes a nível da comercialização de medicamentos genéricos, salvaguardando aquele que era o seu produto mais lucrativo da empresa originadora, a partir do momento em que a proteção conferida pela tutela do direito de patente cessara⁵⁸¹.

Por outro lado, a Comissão suporta ainda a sua conclusão com base em dois argumentos adicionais: por um lado, a transferência de valor identificada superava largamente o benefício obtido pela venda dos medicamentos genéricos em questão, uma vez que superava o valor das vendas já realizadas até à transferência e que as empresas esperariam obter caso entrassem no mercado;

⁵⁷⁸ Cf. Orientações relativas aos acordos de transferência de tecnologia, n.ºs 234 a 237. Ver, ainda, o Acórdão de 27.9.1988, *Bayer AG e Maschinenfabrik Hennecke GmbH c. Heinz Süllhöfer*, 65/86, EU:C:1988:448, adiante “Acórdão Bayer”, e (MOURA E SILVA, 2003, p. 191 e ss.). Ver, igualmente, (MISCHE, KAMILAROVA, & SCHNICHEL, 2014, p. 1044 e ss.).

⁵⁷⁹ Cf. Decisão *Lundbeck*, e.g., n.º 1090 e ss.

⁵⁸⁰ Muito embora a questão de eventual infração aos direitos de patente da Lundbeck estivesse igualmente a ser objeto de litígio. Cf. Decisão *Lundbeck*, n.º 603.

⁵⁸¹ Cf. Decisão *Lundbeck*, e.g., n.º 1169. Ver, igualmente, a reprodução de documentos internos da Lundbeck, e.g., n.ºs 130 e ss., nos termos dos quais a Comissão conclui que, no seio da empresa, a entrada no mercado de genéricos concorrentes constituía o maior risco para a empresa, “*given the company’s strong dependence on sales of citalopram*”.

por outro lado, a intenção da Lundbeck, referida na decisão como *objective aim*, à luz do contexto em que se insere o acordo, contribuem para a conclusão relativa à qualificação da prática como uma restrição da concorrência pelo objeto⁵⁸².

Assim, é com base no esgotamento do direito de patente, que iria abrir o mercado em causa à concorrência, que a Comissão constrói a teoria do dano aplicável ao caso: os produtores de medicamentos genéricos aceitam não concorrer no mercado relevante, embora reúnam todas as condições para o fazer, não por causa da força ou validade da patente em discussão, mas devido a uma transferência de valor que supera os ganhos que iriam obter da venda desses medicamentos; o originador, em contrapartida, assegura a manutenção de um *poder de mercado* equivalente, pela garantia de não concorrência dos fabricantes genéricos⁵⁸³.

Tal corresponderá, efetivamente, a um acordo de repartição de mercados, e a uma partilha de ganhos de *monopólio*⁵⁸⁴, não muito distinto do que podemos encontrar num acordo de cartel⁵⁸⁵.

⁵⁸² Cf. Decisão *Lundbeck*, e.g., n.º 1174. A intenção das partes não é um elemento essencial da qualificação de uma restrição da concorrência pelo objeto, mas a mesma pode ser tida em conta pela Comissão na sua avaliação dos factos. Cf., e.g., Acórdão *GlaxoSmithKline*, n.º 58, Acórdão *BIDS*, n.ºs 21. Ver, igualmente, as Orientações relativas aos acordos de cooperação horizontal, n.º 25.

⁵⁸³ Cf., e.g., Decisão *Lundbeck*, n.º 727, referindo-se ao monopólio *factual* da Lundbeck nos mercados onde a exclusão de produtores genéricos havia sido bem sucedida.

⁵⁸⁴ Cf. Decisão *Lundbeck*, n.º 802. A Comissão suporta parte substancial do seu raciocínio no Acórdão *BIDS*. Cf. e.g., Decisão *Lundbeck*, n.º 603. No Acórdão *BIDS* discute-se – no quadro de um pedido prejudicial com origem numa investigação da ANC irlandesa – a compatibilidade de acordos tendo por objeto a saída do mercado, mediante pagamento, de produtores de derivados de carne, de modo a produzir o excesso de produção e salvaguardar a viabilidade económica da indústria, acordos que o Tribunal de Justiça concluirá constituírem restrições da concorrência pelo objeto. Cf., em especial, Acórdão *BIDS*, n.º 36.

⁵⁸⁵ Ver, e.g., (MOTTA, 2004, p. 141) ou (BISHOP & WALKER, 2010, p. 167 e ss.), a propósito dos ganhos de monopólio obtidos pela colusão. Naturalmente, esta conclusão não é aplicável à generalidade dos acordos de resolução de litígios relacionados com patentes, que, como referimos supra, não suscitam preocupações concorrenciais.

Na Decisão *Fentanilo* está em causa um alegado acordo de promoção conjunta entre a empresa originadora, uma subsidiária da Johnson & Johnson, e duas empresas de genéricos holandesas, controladas à época pela Novartis. Nos termos do acordo, os produtores de genéricos acordavam, mediante o pagamento de uma compensação, promover o medicamento produzido pela originadora no mercado holandês, uma vez que as vendas seriam feitas diretamente pela originadora. No caso de os produtores de genéricos decidirem introduzir os seus próprios medicamentos concorrentes no mercado holandês, o acordo terminaria.

A principal distinção relativamente aos factos objeto da Decisão *Lundbeck* respeitam à inexistência, no momento em que o acordo de promoção é celebrado, de qualquer dúvida quanto à inexistência de uma proteção de patente aplicável ao medicamento produzido pela Johnson & Johnson, uma vez que esta expirara previamente à celebração do acordo⁵⁸⁶. A teoria do dano exposta relativamente à Decisão *Lundbeck*, torna-se por isso, neste caso, mais evidente.

Com efeito, também na Decisão *Fentanilo*, a Comissão concluiu pela existência de uma relação de concorrência potencial entre o originador e os produtores genéricos, atendendo à possibilidade real de entrada no mercado por parte destes últimos⁵⁸⁷, e por uma transferência de valor, alegadamente respeitante a serviços de promoção pelos produtores genéricos que, na realidade, não eram prestados, para os produtores genéricos, que ultrapassava as suas expectativas de ganho na eventualidade de entrarem no mercado⁵⁸⁸, sem prejudicar todavia os lucros que o originador seria capaz de assegurar pela manutenção de uma posição de *monopólio*⁵⁸⁹.

⁵⁸⁶ Cf. Decisão *Fentanilo*, n.º 24.

⁵⁸⁷ Cf. Decisão *Fentanilo*, n.º 256, sublinhando o estado avançado de preparação da comercialização dos medicamentos em causa por parte dos produtores genéricos.

⁵⁸⁸ Cf. Decisão *Fentanilo*, n.º 364.

⁵⁸⁹ Cf. Decisão *Fentanilo*, n.º 331, seguindo de perto a Decisão *Lundbeck*.

Finalmente, na Decisão *Servier*, a Comissão analisou um conjunto de práticas, qualificáveis ao abrigo do artigo 101.º, mas também ao abrigo do artigo 102.º, imputadas à empresa originadora do *perindoprilo*, um medicamento utilizado no tratamento de doenças cardiovasculares que era, à época, o mais rentável medicamento da Servier.

A partir do final da proteção de patente, em 2005, a Comissão concluiu que o originador prosseguiu um objetivo de exclusão dos produtores genéricos dos principais mercados nacionais europeus, através de um feixe de ações que constituíam uma “*estratégia global contra os produtores genéricos*”⁵⁹⁰.

Tais ações incluíam pedidos de proteção de patentes relacionadas, tendo por objetivo bloquear a introdução de produtos genéricos concorrentes no mercado⁵⁹¹, aquisição de processos produtivos e tecnológicos que fossem desenvolvidos por terceiros e que permitissem a produção alternativa de *perindoprilo*⁵⁹², e acordos para resolução de litígios com produtores genéricos, envolvendo transferências de valor muito superiores aos ganhos expectáveis decorrentes da introdução no mercado de produtos concorrentes⁵⁹³. Em contrapartida, as perdas potenciais para a Servier decorrentes da entrada desses genéricos no mercado seriam substanciais⁵⁹⁴.

⁵⁹⁰ Cf. Decisão *Servier*, n.º 4.

⁵⁹¹ Cf. Decisão *Servier*, n.º 5.

⁵⁹² Cf. Decisão *Servier*, n.º 6: “*in the period from 2001 to 2009, there were a limited number of technologies for the production of perindopril that would not be covered by Servier’s patents*”.

⁵⁹³ Cf. Decisão *Servier*, n.º 7.

⁵⁹⁴ Cf. Decisão *Servier*, n.º 3: “*Generic entry for products like perindopril typically leads to two notable changes in the market. First, there is a significant decrease in prices and secondly there are substantial volume shifts from the originator company to the generic companies. Servier therefore had strong incentives to delay generic entry for as long as possible*”; e n.º 1147: “*The reason why both (potential) competitors can be better off at the same time is that the profits the generic undertaking could make from entering the market will be lower than the loss in profits that would likely result for the originator undertaking from generic entry. Therefore the originator can easily afford to pay-off one or several generics to prevent their entry.*”

Na avaliação da compatibilidade destes acordos com o artigo 101.º, a Comissão não revelou uma preocupação generalizada com os acordos relativos à resolução de litígios com patentes⁵⁹⁵, não se podendo retirar delas uma conclusão quanto à qualificação de acordos desta natureza como restrições da concorrência pelo objeto, quando dos factos e circunstâncias em que tais acordos são celebrados não resulte um objeto restritivo da concorrência⁵⁹⁶, sendo antes o resultado do exercício legítimo de direitos de propriedade industrial⁵⁹⁷.

Pelo contrário, encontramos uma desconfiança de princípio com acordos cujo objetivo é postergar a entrada no mercado de produtos concorrentes, fora do âmbito específico de proteção de patentes⁵⁹⁸, mediante uma compensação pela autoexclusão do concorrente, atual ou potencial, que supere o valor que este poderia ambicionar ganhar pela introdução no mercado, permitindo ao

⁵⁹⁵ A generalidade dos acordos relativos à resolução de litígios com patentes envolvem a transferência de patentes ou a concessão de licenças, podendo por isso fomentar a divulgação e a inovação tecnológica. Para uma avaliação do balanço económico dos acordos de transferência de tecnologia, ver (PAIS, 2011a, p. 332 e ss.). Ver, ainda, as Orientações relativas aos acordos de transferência de tecnologia, n.º 9.

⁵⁹⁶ Cf. Acórdão *Bayer*, n.º 16: “uma cláusula de não contestação inserida num acordo de licença de patente, atendendo ao contexto jurídico e económico, pode ter um carácter restritivo da concorrência”.

⁵⁹⁷ Assim, o Direito da Concorrência não afeta a existência ou validade dos direitos de propriedade industrial, a não ser que do seu exercício resulte uma restrição da concorrência. Cf., e.g., Acórdão de 31.10.1974, *Centrafarm BV e Adriaan de Peijper c. Sterling Drug Inc.*, 15/74, EU:C:1974:114, adiante “Acórdão *Centrafarm*”, n.ºs 39 e 40: “embora o artigo 85.º não afete a existência dos direitos reconhecidos pela legislação de um Estado-Membro no domínio da propriedade industrial, as condições de exercício do referido direito podem, todavia, ser abrangidas pelas proibições nesse artigo. Tal pode ser o caso sempre que o exercício do referido direito seja suscetível de constituir o objeto, o meio ou a consequência de uma ‘entente’”. Ver, também (noutro domínio, o da cessão de marcas), Acórdão de 22.6.1994, *IHT Internationale Heiztechnik GmbH e Uwe Danzinger c. Ideal-Standard GmbH e Wabco Standard GmbH*, C-9/93, EU:C:1994:261, adiante “Acórdão *Ideal-Standard*”, n.º 59: “quando empresas independentes uma da outra procedem a cessões de marca na sequência de um acordo de divisão dos mercados, aplica-se a proibição dos acordos anticoncorrenciais prevista no artigo 85.º, o que tem como consequência a nulidade das cessões que são o instrumento do acordo. Todavia, como sublinhou com razão o Governo do Reino Unido, esta regra e a sanção que a mesma comina não podem ser aplicadas mecanicamente a qualquer cessão. Qualificar uma cessão de marca de instrumento de um acordo proibido pelo artigo 85.º requer uma análise do contexto, dos compromissos subjacentes à cessão, da intenção das partes e da contrapartida prometida.”.

⁵⁹⁸ Porque essa proteção já não existe ou vai deixar de existir, ou porque é inválida.

originador remover um elemento de concorrência potencial, assente na possibilidade de um produtor de genéricos entrar no mercado, e que não só ponha fim a eventuais litígios relacionados com patentes, mas igualmente condicione a atuação do produtor de genéricos no futuro⁵⁹⁹, acordos esses análogos a uma repartição de mercados.

Todavia, o âmbito da avaliação do objeto restritivo é, neste aspeto, relativamente limitado. Com efeito, a possibilidade de acordos de resolução de litígios de patentes mediante uma transferência de valor não é posta em causa, nem o objetivo de as empresas pretenderem concluir um litígio mediante um acordo é, por si só, uma restrição da concorrência⁶⁰⁰; mas a identificação de um acordo de repartição de mercados, nos termos descritos nas decisões *Lundbeck*, *Fentanilo* e *Servier*, onde o objetivo da transferência de valor para os originadores consiste na proteção do mercado do originador mediante a exclusão dos seus concorrentes potenciais, como uma restrição da concorrência pelo objeto parece-nos adequada.

⁵⁹⁹ Para efeitos de avaliação da concorrência potencial, a Comissão deverá determinar se, na hipótese de o acordo controvertido não existir, o concorrente potencial teria possibilidades reais e concretas de entrar no mercado e concorrer com os operadores já estabelecidos. Ver, e.g., Acórdão do Tribunal Geral *European Night Services*, n.º 137, e Acórdão do Tribunal Geral *Visa*, n.º 68. Cf., igualmente, as Orientações relativas aos acordos de cooperação horizontal, n.º 10.

⁶⁰⁰ Note-se que em Portugal, a Lei n.º 62/2011, de 12 de janeiro, criou a obrigatoriedade de composição de litígios emergentes de direitos de propriedade industrial, quando estejam em causa medicamentos de referência e medicamentos genéricos, nos termos da qual “os litígios emergentes da invocação de direitos de propriedade industrial, incluindo os procedimentos cautelares, relacionados com medicamentos de referência, na aceção da alínea ii) do n.º 1 do artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 176/2006, de 30 de agosto, e medicamentos genéricos, independentemente de estarem em causa patentes de processo, de produto ou de utilização, ou de certificados complementares de proteção, ficam sujeitos a arbitragem necessária, institucionalização ou não institucionalizada” (cf. artigo 2.º). Entre nós, é conhecida uma investigação da AdC relativamente a eventuais acordos restritivos da concorrência no âmbito deste mecanismo obrigatório de composição de litígios, arquivada pela Decisão da AdC de 29.3.2016, no proc. PRC/2014/4, *AstraZeneca e o.*

Note-se, ainda, que a avaliação do objeto restritivo destes acordos⁶⁰¹, assenta no essencial num conceito de restrição da concorrência pela afetação do processo concorrencial.

Com efeito, a Comissão não realiza em nenhuma destas decisões uma análise de efeitos que procure avaliar eventuais impactos positivos ou a promoção de eficiência, ou o seu impacto no consumidor, assentando antes a sua análise da compatibilidade dos acordos com a limitação da liberdade de ação das empresas no mercado, em resultado da transferência de valor acordada com o originador, e não como consequência da validade da patente em causa⁶⁰², que por essa via se autoexcluem do processo competitivo. Em tais circunstâncias, o objeto restritivo parece evidente não sendo por isso necessária a demonstração de efeitos restritivos.

Nestes termos, o teste do objeto restritivo deverá resultar da avaliação do contexto em que os acordos são celebrados, das intenções subjacentes aos mesmos, e às transferências de valor que deles resultam como compensação pela autoexclusão de um concorrente potencial do mercado.

1.2.3. Restrições da concorrência em sistemas de pagamentos com cartão: a problemática dos “mercados de dois lados”

A avaliação de questões concorrenciais no âmbito do funcionamento de sistemas de pagamentos com cartão das marcas *Visa* e *MasterCard*, e no âmbito do sistema *CB* da associação *Groupement des Cartes Bancaires*, foi objeto de três

⁶⁰¹ Cujá qualificação começa a ser confirmada pelo Tribunal Geral, que proferiu, já na fase final de preparação da presente dissertação, um conjunto de arestos confirmando a posição da Comissão. Ver Acórdãos de 8.9.2016, *Sun Pharmaceutical e Ranbaxy c. Comissão*, T-460/13, EU:T:2016:453; *Arrow Group e Arrow Generics c. Comissão*, T-467/13, EU:T:2016:450, *Generics (UK) c. Comissão*, T-469/13, EU:T:2016:454, *Merck c. Comissão*, T-470/13, EU:T:2016:452, *Xelia Pharmaceuticals e Alpharma c. Comissão*, T-471/13, EU:T:2016:460, e *Lundbeck c. Comissão*, T-472/13, EU:T:2016:449, adiante “Acórdão do Tribunal Geral *Lundbeck*”. A qualificação destes acordos como uma restrição da concorrência pelo objeto segue, no essencial, o precedente do Acórdão *Groupement des Cartes Bancaires*. Cf. Acórdão do Tribunal Geral *Lundbeck*, n.ºs 338 a 343.

⁶⁰² Cf., e.g., Decisão *Lundbeck*, n.ºs 604 e 763.

de decisões da Comissão, adotadas no espaço de um ano, entre outubro de 2007 e outubro de 2008⁶⁰³.

As questões aqui suscitadas estão na origem de dois dos mais importantes arestos proferidos pelo Tribunal de Justiça nos últimos anos, coincidentemente proferidos no mesmo dia: o Acórdão *MasterCard* e o Acórdão *Groupement des Cartes Bancaires*, de 11 de setembro de 2014, em especial pela sua relevância para o debate em torno da concretização do conceito de restrição da concorrência pelo objeto e sua distinção relativamente à restrição pelo efeito, bem como pela sedimentação das distintas metodologias de análise a desenvolver relativamente a ambas as categorias⁶⁰⁴.

Ao contrário do que verificámos nomeadamente no que respeita à análise dos acordos *pay-for-delay*, e ao arrepio da generalidade da sua prática decisória, as decisões adotadas pela Comissão nos três processos assentam essencialmente numa análise de efeitos que procura determinar o modo como cada uma das

⁶⁰³ Cf. Decisão *Morgan Stanley/Visa*, de 3.10.2007, Decisão *MasterCard I*, de 19.12.2007, e Decisão *Groupement des Cartes Bancaires*, de 17.10.2008. Já antes deste período, a Comissão havia analisado questões relacionadas com a fixação de comissões interbancárias multilaterais no sistema *Visa*, designadamente, na Decisão da Comissão de 9.8.2001, no proc. COMP/29.373, *Visa Internacional*, adiante “Decisão *Visa I*” e pela Decisão da Comissão de 24.7.2002, no proc. COMP/29.373, *Visa Internacional – Comissão Interbancária Multilateral*, adiante “Decisão *Visa II*”. Mais recentemente, a Comissão adotou uma decisão de compromissos, também relativamente ao sistema *Visa*, através da Decisão *Visa III*, de 26.2.2014. Na Decisão *Visa I*, a Comissão analisou o sistema de pagamentos com cartão *Visa*, designadamente a compatibilidade dos preços do sistema (as comissões interbancárias), com o artigo 101.º, n.º 3. Nessa decisão – que atribuiu uma isenção individual às comissões interbancárias do sistema *Visa* – a Comissão conclui que, tratando-se muito embora de uma restrição da concorrência (cf. neste sentido, o n.º 64), “*não considera que o acordo relativo à CIM seja uma restrição da concorrência em termos de objeto, dado que um acordo CIM num sistema de pagamento quadripartido como a Visa tem por objetivo reforçar a estabilidade e a eficiência do funcionamento do referido sistema e, indiretamente, intensificar a concorrência entre os sistemas de pagamentos, permitindo assim aos sistemas quadripartidos concorrer de forma mais eficaz com os sistemas tripartidos*” (n.º 69). Na Decisão *Visa II*, a Comissão voltou a atribuir uma nova isenção às comissões interbancárias do sistema *Visa*, mediante a sua redução para níveis que a Comissão considerou *prima facie* adequados face aos custos alegados pela *Visa* como suporte para a fixação de tais comissões. Findo o período dessa isenção, a Comissão reabriu o processo de investigação por eventual infração, que seria arquivado mediante compromissos, no que respeita à fixação das comissões interbancárias do sistema *Visa*, ao abrigo da Decisão *Visa III*.

⁶⁰⁴ Em particular, o Acórdão *Groupement des Cartes Bancaires* foi objeto de intensa atenção doutrinária. Ver, e.g., (SCHWARZ, 2016) (PEEPERKORN, 2015b), (MURRAY, 2015), (KILLICK & JOURDAN, 2014), (J. C. PEREIRA, 2014).

restrições identificadas teve efeitos negativos nos mercados onde se inseriam, e não eram justificadas à luz de eventuais argumentos de eficiência apresentados.

O primeiro destes casos respeita a uma situação de facto próxima de um cartel de boicote, ou seja, de um acordo horizontal, visando afastar do mercado, ou impedir o seu acesso a concorrentes, atuais ou potenciais, dos membros do cartel⁶⁰⁵.

O Morgan Stanley geria, nos Estados Unidos, o sistema de pagamentos com cartão da marca *Discover*, que não estava presente no mercado europeu. Após constituir um banco no Reino Unido em 1999, o Morgan Stanley solicitou a adesão à Visa Europa⁶⁰⁶, de modo a poder angariar comerciantes para a aceitação de pagamentos com cartões desta marca.

Uma vez que as regras da Visa Europa permitiam a recusa de adesão a qualquer entidade que fosse considerado seu concorrente, o pedido da Morgan Stanley foi recusado, alegando a Visa Europa que o este pretenderia apenas ter acesso à rede de comerciantes que aceitam pagamentos com cartão Visa, apenas para poder introduzir e desenvolver no mercado europeu o seu próprio sistema de pagamentos com cartão *Discover*, que geria no mercado norte-americano.

Nestes termos, na Decisão *Morgan Stanley/Visa*, tendo por objeto um boicote pela Visa ao banco Morgan Stanley, impedindo-o de ser membro do sistema de pagamentos de marca Visa por desenvolver atividades concorrentes com esta, a Comissão optou pela qualificação da prática em causa como uma restrição da concorrência pelo efeito *potencial*, uma vez que impediu a Morgan Stanley de entrar no mercado relevante da prestação de serviços de aceitação de pagamentos com cartão no Reino Unido e que a sua entrada no mercado poderia ter contribuído para aumentar a concorrência entre aceitantes da marca Visa,

⁶⁰⁵ Ver. (COLOMBANI et al., 2014, p. 1043 e ss.).

⁶⁰⁶ Sociedade constituída pela Visa Internacional para gerir o sistema de pagamentos Visa no Espaço Económico Europeu.

com efeitos positivos nos preços e na qualidade dos serviços oferecidos aos comerciantes.

Assim, a Comissão conclui que a exclusão do Morgan Stanley teve um efeito restritivo apreciável, e que essa recusa teve consequências prováveis a nível dos preços no mercado, pela afetação da concorrência intra-marca, não discutindo a natureza eventualmente objetiva do boicote identificado⁶⁰⁷. A Comissão verifica que o Morgan Stanley poderia ter desenvolvido uma atividade de aceitação de pagamentos agressiva, o que teria tido um impacto positivo nos preços e nas condições de serviço: nesta circunstância, uma prática objetivamente restritiva numa primeira análise, adotada por uma associação de empresas tendo por objeto excluir do mercado um concorrente dos seus associados⁶⁰⁸, é analisada pelo efeito negativo decorrente do afastamento do Morgan Stanley, como concorrente potencial, do acesso ao mercado de aceitação de pagamentos com cartão⁶⁰⁹.

Na Decisão *Groupement des Cartes Bancaires*, a Comissão imputou à associação *Groupement des Cartes Bancaires*, responsável pela gestão do sistema de pagamentos com cartão *CB* no mercado francês, uma restrição da concorrência pelo objeto e pelo efeito, decorrente da adoção de um conjunto de regras que consubstanciavam um aumento dos custos associados à emissão de cartões da marca *CB* por parte de “novos membros”, em benefício dos membros fundadores.

⁶⁰⁷ Cf. Decisão *Morgan Stanley/Visa*, n.º 42 e n.º 201.

⁶⁰⁸ Cf. Decisão *Morgan Stanley/Visa*, n.º 74 e ss. A qualificação da Visa como uma associação de empresas é deixada em aberto pela Comissão. Com efeito, a Comissão entende que as decisões adotadas pela Visa resultam de um acordo entre empresas (Visa International e Visa Europe), ou de uma decisão de associação de empresas, atendendo à natureza associativa de representação de interesses dos membros do sistema Visa que estão representados nos órgãos decisórios e que nomeiam os seus administradores.

⁶⁰⁹ Esta Decisão foi confirmada pelo Tribunal Geral, que validou o método de análise dos efeitos empregue pela Comissão, suportando-se, no essencial, na jurisprudência do Acórdão *John Deere* e do Acórdão do Tribunal Geral *European Night Services*. cf. Acórdão do Tribunal Geral *Visa*, n.ºs 67 a 70.

Com efeito, o objetivo considerado pela Comissão na fixação das novas regras relativas às taxas de adesão ao sistema *CB* consistia em garantir que os novos membros, ao pagarem taxas relativamente mais altas do que os membros existentes, ficassem impossibilitados de oferecer preços mais baixos⁶¹⁰; em contrapartida, a análise do efeito restritivo – que ocupa boa parte da decisão – ocupou-se tanto dos efeitos potenciais que ocorreriam no mercado, caso a associação não tivesse suspenso a aplicação das novas regras após o início das investigações da Comissão⁶¹¹, como dos efeitos realmente verificados no mercado em consequência das medidas do *Groupement*⁶¹².

Na Decisão *MasterCard*, a Comissão analisou a compatibilidade com o artigo 101.º, n.º 1 de determinadas regras comerciais nos sistemas de pagamentos com cartão, em especial a fixação de comissões interbancárias multilaterais, onde a análise do impacto concorrencial implica necessariamente a consideração dos impactos num mercado, de acordos adotados num outro mercado, com este relacionado, e onde a reflexão sobre a organização industrial em estruturas de mercados qualificados como “mercados de dois lados”⁶¹³,

⁶¹⁰ Cf. Decisão *Groupement des Cartes Bancaires*, n.º 195. Note-se que a associação alega que estas taxas tinham um duplo objetivo legítimo: a remuneração dos membros existentes pelos investimentos por si realizados no desenvolvimento do sistema de pagamentos, por parte dos novos membros aderentes; o estímulo à atividade de aceitação de pagamentos por parte de tais membros (com que o conseguiriam reduzir as taxas a pagar a nível da emissão de cartões). A Comissão considerou que tais objetivos respeitavam apenas ao mercado da aceitação, e não ao mercado da emissão (onde se verificam as restrições), pelo que não considerou tais argumentos relativos à existência de um objetivo legítimo para a conduta (implicando uma análise de elementos pro-concorrenciais no artigo 101.º, n.º 1) nem, em alternativa, para efeitos de aplicação do artigo 101.º, n.º 3.

⁶¹¹ Cf. Decisão *Groupement des Cartes Bancaires*, n.ºs 252 a 309.

⁶¹² Cf. Decisão *Groupement des Cartes Bancaires*, n.ºs 310 a 359.

⁶¹³ Embora seja atualmente corrente na doutrina designar estas estruturas de “mercados de dois lados”, poderá ser mais adequado referir-se-lhes como “plataformas de dois (ou mais) lados”. trata-se em bom rigor da existência de uma ligação entre dois mercados distintos, mas relacionados, que é proporcionado por uma terceira entidade, a referida plataforma, que define as regras dessa ligação, ou seja, do modo como os dois mercados interagem. V.g., num sistema de pagamentos com cartão, os dois mercados correspondem ao mercado da emissão (a atividade de emissão de cartões de pagamento e angariação de consumidores para a sua utilização) e ao mercado da aceitação (a atividade de promoção da aceitação de pagamentos com cartão junto dos comerciantes). As ligações entre os dois mercados são garantidas pela plataforma, ou seja, pela entidade que gere e define as regras de funcionamento desse sistema de pagamentos (e.g., a

impõe especiais cautelas na determinação de restrições da concorrência pelo objeto, atendendo às relações entre os mercados em causa⁶¹⁴.

Esta decisão assume especial relevância neste contexto por ser a única decisão, até ao momento, em que a Comissão expressamente conclui pela impossibilidade de determinar a existência de uma restrição pelo objeto, provando apenas a existência de uma restrição pelo efeito: “*given that it can be clearly established that the MasterCard MIF has the effect of appreciably restricting and distorting competition to the detriment of merchants in the acquiring markets it is not necessary to reach a definite conclusion as to whether the MasterCard MIF is a restriction by object within the meaning of Article 81(1) of the Treaty*” (cf. § 407).

Importa fazer neste ponto um breve excuro para esclarecer, sucintamente, algumas das questões conceptuais inerentes à apreciação deste tipo de encargos no âmbito de sistemas de pagamentos com cartão.

No caso das comissões interbancárias, *multilaterais* ou *bilaterais*, trata-se da adoção de um encargo transaccional que será suportado pelo operador (no caso, um banco), numa transação com outro banco, no âmbito de uma operação de pagamentos iniciada pelo utilizador do cartão ao realizar uma compra. Esta comissão pode ser definida bilateralmente pelos dois bancos envolvidos em cada transação, ou multilateralmente, no âmbito da *plataforma* que gere o

Visa ou a MasterCard). Como se percebe, as relações entre os dois mercados são evidentes: quanto maior o número de comerciantes a aceitar pagamentos com determinada marca de cartão, maior o número de consumidores com interesse na utilização desses cartões, e vice-versa; estas relações permitem, por isso, identificar *externalidades de participação e de uso*, associadas, por um lado, aos ganhos para o sistema no seu conjunto quando existe mais um participante (no caso dos sistemas de pagamentos, mais um utilizador de cartões ou mais um aceitante de pagamentos com cartão) e por outro lado, para os ganhos decorrentes da utilização do próprio sistema. Os contributos para o Direito da Concorrência no modo de tratamento das relações e incentivos cruzados neste tipo de atividades têm origem no âmbito da teoria da Organização Industrial, sendo de referir em especial os estudos de (ROCHET & TIROLE, 2002, 2014) e de (EVANS & SCHMALENSEE, 2007).

⁶¹⁴ Ver (NIKPAY & NAZZINI, 2014).

funcionamento do sistema de pagamentos em causa⁶¹⁵, e pode ser suportada pelo banco emissor do cartão (ou seja, pelo banco que tem a relação direta com o utilizador do cartão), como pelo banco aceiteante (ou seja, pelo banco que tem a relação direta com o comerciante que aceitou o pagamento), ou pode não existir.

Normalmente, nos sistemas de pagamentos com cartão, atendendo aos incentivos específicos dos dois lados do sistema, esse encargo é definido multilateralmente (ou seja, em princípio, por todos os membros do sistema ou pela entidade gestora do sistema), e é suportado pelo banco aceiteante.

A lógica inerente a esta decisão passa por identificar qual dos dois lados do sistema tem maior facilidade em repercutir os custos do seu funcionamento: ao decidir que o será o banco aceiteante a suportar o encargo transacional, assume-se que este terá maior facilidade em repercutir esse encargo sobre o comerciante que aceite pagamentos, do que o banco emissor teria em repercutir esse encargo sobre o consumidor que utiliza o cartão⁶¹⁶.

Na perspetiva da análise jusconcorrencial, todavia, as questões que se irão colocar na análise deste tipo de acordos respeitam, por um lado, à necessidade desse encargo transacional⁶¹⁷, e por outro lado, à sua fixação, *multilateral*, ou seja de modo horizontal, pelos membros do sistema e a sua

⁶¹⁵ Esta temática surge principalmente associada aos chamados sistemas de pagamentos *abertos* ou *quadripartidos*, em que os “quatro participantes” do sistema (o banco emissor, o banco aceiteante, o comerciante e o consumidor) são independentes entre si.

⁶¹⁶ E que correspondem à justificação para a existência dessas mesmas comissões. Cf., e.g., Decisão *MasterCard*, n.º 6: “*The Commission does not dispute in general that payment systems are characterized by indirect network externalities and that in theory a revenue transfer between issuing and acquiring banks may help optimise the utility of the network to its users.*”. No mesmo sentido, cf. a decisão de isenção com condições relativa à comissão multilateral do sistema Visa (Decisão *Visa I*).

⁶¹⁷ Ou seja, se prosseguem um objetivo legítimo que as afaste do âmbito de aplicação do artigo 101.º, n.º 1 ou, em alternativa, os ganhos de eficiência que lhe sejam imputados justificam a manutenção da restrição, à luz do artigo 101.º, n.º 3.

repercussão sobre um dos lados desse sistema⁶¹⁸, uma vez que tal repercussão terá por efeito a harmonização das condições de preço que os bancos aceitantes poderão oferecer aos comerciantes, fixando um limiar mínimo para os encargos que os comerciantes devem suportar para aceitar pagamentos com cartão, e assim constituir um mecanismo de fixação de preços.

Esta é a temática que será analisada, principalmente no âmbito da Decisão *MasterCard*.

Ao concluir-se que a imposição da comissão interbancária multilateral, nos termos previstos nas regras controvertidas do sistema MasterCard, constitui um mecanismo de fixação de preços e de diminuição da concorrência entre os emissores e os aceitantes, poderia ter permitido à Comissão uma conclusão pela qualificação da prática em causa como uma restrição da concorrência pelo objeto⁶¹⁹; todavia, a mesma acabaria por ser imputada exclusivamente a título de efeito, deixando em aberto a eventual verificação de uma restrição da concorrência pelo objeto⁶²⁰.

Com efeito, a Comissão não qualificou na Decisão *MasterCard*, nem nas Decisões *Visa I* e *II*⁶²¹, que a antecederam, a fixação destas comissões interbancárias multilaterais como restrições da concorrência pelo objeto, reconhecendo – muito embora implicitamente, no caso *MasterCard* – que os argumentos de eficiência subjacentes a este mecanismo, bem como os incentivos

⁶¹⁸ Para uma análise global das questões jus-concorrenciais decorrentes da fixação das comissões interbancárias multilaterais e o seu tratamento no Direito europeu da concorrência, ver (BANASEVIC, RYAN, & WEZENBEEK, 2014, p. 1523 e ss.).

⁶¹⁹ Cf. Decisão *MasterCard*, n.ºs 405 e 406: “the concern cannot therefore be discarded that the MasterCard MIF may have as its object the restriction of price determination through competition”.

⁶²⁰ Cf. Decisão *MasterCard*, n.º 407. A Decisão *MasterCard* seria confirmada pelo Tribunal Geral (Acórdão de 24.5.2012, *MasterCard Inc. e. o. c. Comissão*, T-111/08, EU:T:2012:260, adiante “Acórdão do Tribunal Geral *MasterCard*”) e pelo Tribunal de Justiça (Acórdão *MasterCard*, já citado).

⁶²¹ Cf., no entanto, a Decisão *Visa III*, n.º 23, dando nota que a apreciação preliminar dos factos notificada à Visa qualifica a comissão interbancária como uma restrição da concorrência pelo efeito, mas também pelo objeto.

inerentes à sua aplicação, não seriam adequados à classificação da prática como uma restrição da concorrência pelo objeto⁶²².

Ainda que materialmente se possa traduzir numa fixação de preços horizontal, a sua inserção no contexto do mercado de dois lados acabou por afastar essa qualificação, mas entendeu que o seu *quantum* tinha o efeito de restringir a concorrência, designadamente pela transferência para o mercado da aceitação, e por esta via, para os comerciantes e consumidores, dos custos de funcionamento do sistema de pagamentos.

Já no processo *Groupement*, a Comissão adotou uma postura mais convencional na qualificação das condutas em causa no momento de verificar uma restrição da concorrência pelo objeto, concluindo que o sistema tarifário fixado nesta associação de empresas tinha um objetivo restritivo, não obstante os argumentos apresentados pelo *Groupement* relativamente aos propósitos desse regime tarifário, em especial o combate ao “parasitismo” de uma categoria de membros da associação (os membros “dormentes” ou pouco ativos nas atividades de aceitação, mas que correspondiam também aos membros mais recentes, que não haviam participado na definição das novas regras de fixação de encargos de adesão e participação no sistema), alegando o seu aproveitamento dos esforços de desenvolvimento de uma rede de aceitação pelos membros originais do sistema.

Nesse caso, a ligação entre os dois mercados – o mercado da emissão e o mercado da aceitação – importaria, na qualificação de uma restrição da concorrência pelo objeto, uma análise mais fina quanto ao *objetivo* restritivo da concorrência, tendo em conta que este objetivo deveria ser avaliado *também* à

⁶²² Na análise dos argumentos de eficiência avançados pela MasterCard, a Comissão não afastou completamente a possibilidade de estas comissões poderem ter efeitos positivos; todavia, considerou que, à luz dos elementos apresentados pela MasterCard, esta não conseguiu demonstrar que tais efeitos seriam suficientes para eliminar os impactos negativos a nível da afectação da concorrência sobre os preços, e garantir a passagem desses benefícios para os consumidores. Cf., v.g., Decisão *MasterCard*, n.ºs 687 e ss.

luz do propósito da adoção destas medidas nos dois mercados em que teriam impactos.

Este foi, aliás, o motivo que levou à anulação do Acórdão do Tribunal Geral que confirmou, em primeira instância, a decisão da Comissão⁶²³.

Como desenvolvido pelo Tribunal de Justiça no Acórdão *Groupement des Cartes Bancaires*, n.º 73-75: “após ter indicado, no n.º 83 do acórdão recorrido, que o *Groupement* se encontra ativo no ‘mercado dos sistemas de pagamentos’, o Tribunal Geral, no n.º 102 desse acórdão, salientou, no quadro da sua apreciação soberana dos factos, a qual não é contestada no âmbito do presente recurso, que, no caso concreto, num sistema de pagamento por cartão de natureza biface, como o do *Groupement*, as atividades de emissão e de aquisição são ‘indispensáveis’ entre si e ao funcionamento deste sistema, dado que, por um lado, os comerciantes não aceitariam aderir ao sistema se o número de portadores de cartões fosse insuficiente e, por outro, os consumidores não desejariam possuir um cartão se este não pudesse ser usado num número suficiente de comerciantes. Por conseguinte, tendo declarado, no n.º 104 do acórdão recorrido, que existiam ‘interações’ entre as atividades de ‘emissão’ e as de ‘aquisição’ de um sistema de pagamento e que essas atividades produziam ‘efeitos de rede indiretos’, uma vez que a importância

⁶²³ Cf. Acórdão de 29.11.2012, *Groupement des Cartes Bancaires c. Comissão*, T-491/07, EU:T:2012:633, adiante “Acórdão do Tribunal Geral *Groupement des Cartes Bancaires*”. Como conclui ainda a este propósito, o Tribunal de Justiça recorda a sua jurisprudência constante relativamente à necessidade de apurar o contexto jurídico e económico em que um acordo se insere como condição da qualificação do objetivo restritivo da concorrência. Assim, “para apreciar se uma coordenação entre empresas é por natureza prejudicial ao bom funcionamento do jogo normal da concorrência, importa, segundo a jurisprudência recordada no n.º 53 do presente acórdão, tomar em consideração qualquer elemento pertinente, tendo em conta, designadamente, a natureza dos serviços em causa, bem como as condições reais de funcionamento e da estrutura dos mercados, relativo ao contexto económico ou jurídico em que a referida coordenação se insere, independentemente de esse elemento ser ou não abrangido pelo mercado relevante. Deve ser esse o caso, em especial, quando esse elemento consiste precisamente na tomada em consideração da existência de interações entre o mercado relevante e um mercado conexo distinto (v., por analogia, acórdãos *Delimitis*, C-234/89, EU:C:1991:91, n.ºs 17 a 23, e *Allianz Hungária Biztosító e o.*, EU:C:2013:160, n.º 42) e, por maioria de razão, quando existem, como no caso, interações entre os dois aspetos de um sistema biface”. Cf. Acórdão *Groupement des Cartes Bancaires*, n.ºs 78-79; no mesmo sentido da consideração da estrutura de “mercado de dois lados” na avaliação do contexto jurídico e económico em que se insere um acordo, ver Acórdão *MasterCard*, n.º 179.

da aceitação dos cartões pelos comerciantes e o número de cartões em circulação influem entre si, o Tribunal Geral não podia, sem cometer um erro de direito, concluir que as medidas em causa tinham por objetivo restringir a concorrência na aceção do artigo 81.º, n.º 1 CE. Com efeito, tendo admitido que as fórmulas adotadas nessas medidas visavam demonstrar uma determinada relação entre as atividades de emissão e as atividades de aquisição dos membros do *Groupement*, o Tribunal Geral podia daí deduzir, quando muito, que as referidas medidas tinham por objetivo impor uma contribuição financeira aos membros do *Groupement* que beneficiam dos esforços realizados por outros membros para o desenvolvimento das atividades de aquisição do sistema. Ora, tal objetivo não pode ser considerado, pela sua própria natureza, prejudicial ao bom funcionamento do jogo normal da concorrência, além de que o próprio Tribunal Geral considerou, designadamente nos n.ºs 76 e 77 do acórdão recorrido, que o combate ao parasitismo do sistema CB constituía um objetivo legítimo”.

Ou seja, neste ponto específico – o da determinação do objeto restritivo da prática imputada ao *Groupement* – o Tribunal de Justiça determina a necessidade de se apurar o impacto da estrutura complexa do mercado (aqui referido como “mercado biface”) em que a prática se insere, no quadro da análise contextual necessária à identificação de uma restrição da concorrência pelo objeto, previamente à verificação de um objeto restritivo⁶²⁴.

O Acórdão *Groupement des Cartes Bancaires*, pela sua importância no quadro de aplicação do artigo 101.º, n.º 1 a restrições pelo objeto⁶²⁵, será

⁶²⁴ Sublinhe-se, a este respeito, a invocação do Acórdão *Allianz Hungária* relativamente à definição do *contexto económico e jurídico*, atendendo em especial que este aresto foi criticado por promover uma expansão da categoria da restrição da concorrência pelo objeto, precisamente pela inclusão na análise contextual de certos aspectos relacionados com a análise dos efeitos da prática no mercado. Ver, neste sentido, as conclusões do Advogado-geral Nils Wahl em *Groupement des Cartes Bancaires* (EU:C:2014:1958), em esp. n.ºs 47-50, e as conclusões do Advogado-geral Melchior Wathelet em *Toshiba* (EU:C:2015:427), em esp. n.ºs 60 e ss. Ver, ainda, (GRAHAM, 2013a).

⁶²⁵ Em nossa opinião, por sublinhar a jurisprudência fixada no Acórdão *Société Technique Minière* e os critérios então firmados para a definição de restrições da concorrência pelo objeto. Ver, neste sentido, (KILLICK & JOURDAN, 2014) e (PEEPERKORN, 2015b).

retomado adiante, na determinação das condições identificadas pelo Tribunal de Justiça para qualificação de práticas restritivas da concorrência pelo objeto. Importa fixar, todavia, que no âmbito das restrições da concorrência pelo objeto, a sua relevância é manifesta ao apontar a importância da análise contextual no método de identificação de restrições da concorrência pelo objeto.

A identificação de um mercado de dois lados no caso concreto impõe, portanto, que uma prática que possa parecer *manifestamente restritiva* deva ser, afinal, reavaliada à luz dos objetivos pretendidos com a sua aplicação no mercado relacionado: assim, a natureza e estrutura do mercado em causa não podem ser ignorados na análise contextual⁶²⁶, mas a sua consideração não pode ser confundida com uma avaliação de efeito

1.3. A prática decisória da Comissão na aplicação de procedimentos de compromissos

A generalidade dos acordos de cartel investigados pela Comissão pode ser considerada relativamente “mundana”, tanto na sua conceção, como no modo da sua implementação por parte das empresas participantes⁶²⁷.

Com efeito, investigações a formas de coordenação mais sofisticadas, particularmente exemplos de cartéis atípicos, como os cartéis *A-B-C*, também designados de cartéis “hub&spoke”⁶²⁸, estão ausentes da prática decisória da

⁶²⁶ Cf. Acórdão *Groupement des Cartes Bancaires*, n.ºs 77 e 78, em confronto com o Acórdão do Tribunal Geral *Groupement des Cartes Bancaires*, n.º 105.

⁶²⁷ Como nota (AGERBEEK, 2015, p. 34), “*most cartels unearthed by the Commission are rather unimaginative affairs*”.

⁶²⁸ Para uma análise global deste tipo de cartel atípico à luz do Direito europeu da concorrência, ver (ODUDU, 2011, 2013); no sistema norte-americano, a identificação de acordos horizontais assentes em feixes de restrições verticais e a adoção de mecanismos de intermediação entre participantes num cartel tem sido igualmente alvo de atenção doutrinária. Ver, e.g., (ORBACH, 2016). As referências “A-B-C” ou “hub&spoke” referem-se às imagens de representação do modo de funcionamento deste tipo de coordenação empresarial, seja pela triangulação de informação entre concorrentes através de um parceiro comercial comum (A passa informação a B para que este a passe a C), ou pela analogia com uma roda de raios, em que o aro exterior (o elemento de

Comissão, e mesmo a nível das ANC verificam-se poucos exemplos concretos de aplicação de decisões de proibição a práticas desta natureza, com algumas exceções notáveis, designadamente, no acervo decisório da anterior ANC britânica, o *Office of Fair Trading*⁶²⁹.

Estes cartéis atípicos assentam no intercâmbio de informações sensíveis ou na definição conjunta de estratégias comerciais, envolvendo indiretamente empresas concorrentes, através de um fornecedor ou comprador comum, que poderá ser o próprio instigador desse intercâmbio, funcionando assim como plataforma de intercâmbio de informações. Por isso, a generalidade dos exemplos conhecidos de coordenações empresariais analisadas como acordos de cartel A-B-C tem na sua base a implementação de restrições em acordos de natureza vertical, com o objetivo de promover a sua harmonização entre os vários fornecedores/compradores comuns⁶³⁰.

Nestes termos, quando se verifica a transmissão de informação relativa a preços entre duas ou mais empresas concorrentes, através de um parceiro contratual comum que opera num estágio distinto da cadeia de valor, poderemos estar perante um acordo de natureza horizontal, tendo por objeto a fixação de preços, embora mediante a intervenção de um terceiro, com quem os concorrentes se encontram numa relação vertical, desde que se demonstre que a disponibilização de informação sensível ao parceiro comercial comum tinha por objetivo a sua transmissão posterior ao concorrente, e que tal sequência, com elevada probabilidade, iria ocorrer⁶³¹.

coordenação entre concorrentes que distingue este tipo de acordos de um feixe de acordos verticais), é suportado pelos raios (“spokes”), ligados entre si através do eixo central (“hub”).

⁶²⁹ Substituído, na sequência do *Enterprise and Regulatory Reform Act* de 2013, pela Competition and Markets Authority: ver, designadamente, a Decisão de 1.8.2003, no proc. CP/0871/01, *Price-fixing of Replica Football Kit*, adiante “Decisão *Replica Kit*”, e a Decisão de 21.11.2003, no proc. CP/0480-01, *Agreements between Hasbro UK Ltd, Argos Ltd and Littlewoods Ltd fixing the price of Hasbro toys and games*, adiante “Decisão *Hasbro*”.

⁶³⁰ Como referem (GIOVANNETTI & STALLIBRASS, 2009), tendo por base a análise das Decisões *Replica Kit* e *Hasbro* da ANC britânica.

⁶³¹ Neste sentido, ver (ODUDU, 2013, p. 247).

A nível da prática decisória da Comissão, a investigação mais próxima deste tipo de conduta, tendo por objeto acordos entre um conjunto de editoras fornecedoras de livros eletrónicos e um comprador comum (a Apple), acabou por ser arquivada mediante a imposição de compromissos⁶³², o que, atendendo à qualificação da restrição identificada como uma infração por objeto, não pode deixar de nos suscitar as maiores dúvidas.

No final de 2011 a Comissão deu início a um processo por eventual infração ao artigo 101.º, n.º 1 contra a Apple e um conjunto de cinco editoras, relativamente a eventuais acordos e/ou práticas concertadas em relação aos preços de retalho de livros eletrónicos editados pelas cinco editoras e comercializadas na plataforma de comércio eletrónico da Apple. Os contornos do acordo, tal como apurado pela Comissão, configuram um conjunto de comportamentos de coordenação de comportamentos entre as cinco editoras no mercado, através do intercâmbio de informação relevante entre si e através da Apple, e da adoção de um modelo de negócio que tinha por objetivo a manutenção da margem de comercialização dos livros eletrónicos no mercado retalhista de distribuição deste tipo de produtos, através de plataformas de comércio eletrónico⁶³³.

⁶³² Ver Decisão *E-Books*, já citada. Ver, igualmente (COLOMBANI et al., 2014, p. 1051), sublinhando que nesta investigação apurou-se igualmente a existência de intercâmbios de informação diretos entre as editoras envolvidas, afastando-a assim em rigor de uma qualificação de acordo A-B-C.

⁶³³ Verificando-se igualmente um alinhamento de incentivos entre a Apple e as cinco editoras. Como se refere na Decisão *E-Books* (cf., e.g., n.ºs 20-41), por um lado, a Apple preparava-se para lançar no mercado um novo produto tecnológico, o “iPad”, que continha uma aplicação para aquisição e utilização de livros em formato eletrónico, através de uma plataforma de comércio eletrónico designada “iBookstore”, e que iria competir diretamente com a Amazon e a sua plataforma de comércio eletrónico, e que disponibilizava o seu próprio produto tecnológico, o “Kindle”, desde 2007. Uma vez que a relação entre a Amazon e os fornecedores de conteúdos (as editoras) assentava numa relação contratual típica de distribuição grossista, a Amazon tinha total liberdade para fixar o preço de retalho dos conteúdos que lhe eram fornecidos pelas editoras. De modo a incentivar a comercialização do seu aparelho “Kindle”, a Amazon adotou uma política de preços bastante agressiva, colocando os livros eletrónicos no mercado de retalho a preços inferiores aos preços tinha pago aos fornecedores: tal constituía um obstáculo para a Apple, no momento em que se preparava para lançar um produto concorrente com a Amazon, mas também

Assim, a Comissão considerou, no âmbito da apreciação preliminar referida pelo artigo 9.º, n.º 1 do Regulamento 1/2003, que as cinco editoras haviam manifestado mutuamente as suas preocupações no que respeita aos preços de retalho para livros eletrónicos que estariam a ser fixados pela Amazon na sua plataforma de comércio eletrónico, a um nível igual ou inferior aos preços grossistas. Como tal, apurou-se que cada uma das editoras entrou em contacto direto, e indireto (através da Apple) com as demais, com o objetivo de fazer subir os preços de retalho para um nível superior ao praticado pela Amazon, ou para garantir que a Amazon fosse impedida de os praticar no mercado europeu.

Para este efeito, as cinco editoras, juntamente com a Apple, pretendiam passar em conjunto de um modelo de negócio de distribuição tradicional, assente numa relação vertical entre a editora, enquanto fornecedor-grossista, com a plataforma de comércio eletrónico-retalhista, que, por sua vez, teria liberdade para fixação do preço de venda ao público⁶³⁴, para um modelo de distribuição assente em contratos de agência, através dos quais as editoras teriam liberdade para fixar e impor o preço de comercialização final aos distribuidores, agora “agentes”⁶³⁵.

para as editoras, uma vez que a sua atividade mais lucrativa (a comercialização de livros físicos) poderia ser afetada pela política de preços baixos imposta pela Amazon.

⁶³⁴ Como se referiu já, a fixação de preços de revenda pelo fornecedor (*resale price maintenance*) é considerada uma restrição por objeto, não beneficiando da isenção por categoria do Regulamento 330/2010, independentemente das quotas de mercado das empresas envolvidas. Cf. artigo 4.º, al. a) do Regulamento de Isenção por Categoria, e a Comunicação relativa às restrições verticais, n.º 48.

⁶³⁵ Na perspetiva do Direito da Concorrência, um contrato de agência comercial pelo qual o agente atua por conta do principal e não assume qualquer risco nas transações em que intervém, não é considerado um acordo vertical, uma vez que nestas condições agente e principal formam uma unidade económica. Neste sentido ver, e.g., (WHISH & BAILEY, 2015, p. 658). Para este efeito, a Comunicação relativa às restrições verticais define “agente” como “*pessoa singular ou coletiva incumbida de negociar e/ou celebrar contratos por conta de outra pessoa (o comitente), quer em nome do próprio agente, quer em nome do comitente, relativamente à compra de bens ou serviços pelo comitente, ou venda de bens ou serviços fornecidos pelo comitente*” (cf. n.º 12), colocando a tónica da exclusão dos acordos de agência do âmbito de aplicação do artigo 101.º, n.º 1 no “*risco financeiro ou comercial suportado pelo agente na prática dos atos relativamente aos quais foi nomeada enquanto tal pelo comitente*” (cf. n.º 13), uma vez que só no caso de o agente “*não suportar quaisquer riscos ou suportar apenas riscos insignificantes em relação aos contratos*

Este modelo seria adotado simultaneamente pelas cinco editoras, primeiro com a Apple, e depois com os demais retalhistas de comércio eletrónico, incluindo a Amazon⁶³⁶: a restrição identificada constituía assim numa concertação entre as cinco editoras e a Apple, com vista à substituição do modelo de distribuição grossista até então vigente no mercado da comercialização de livros eletrónicos, por um modelo de agência.

Na sua apreciação preliminar notificada às visadas, a Comissão considerou que a passagem conjunta, na venda de livros eletrónicos, de um modelo de distribuição vertical para um modelo de agência, com condições de fixação de preços idênticas à escala mundial, tinha por objetivo o aumento de preços de venda ao público de livros eletrónicos, ou impedir a sua comercialização por preços mais baixos⁶³⁷, pelo que constituía uma restrição da concorrência pelo objeto⁶³⁸.

Na sequência da apresentação de compromissos pelas visadas, todavia, em especial a não imposição de qualquer regra que simulasse ou permitisse um compromisso de acompanhamento de preços – que teriam por efeito, assumindo que todas as editoras têm o mesmo tipo de incentivos, a imposição do mesmo modelo de negócio a todos os demais retalhistas e a consequente limitação ou supressão da pressão sobre os preços finais –, a Comissão adotou duas decisões de arquivamento, em 2012 e 2013, relativamente às práticas das seis visadas (Apple e as cinco editoras), considerando que as suas preocupações,

celebrados e/ou negociados por conta do comitente” (cf. n.º 15), é que estaremos perante um verdadeiro contrato de agência.

⁶³⁶ Cf. Decisão *E-Books*, n.º 42-43.

⁶³⁷ Cf. Decisão *E-Books*, n.º 90.

⁶³⁸ Cf. Decisão *E-Books*, n.º 92-93. Note-se ainda que a Comissão conclui, com base em diversos fatores (importância das empresas envolvidas, natureza dos produtos e a dimensão global da restrição), que a concertação seria suscetível de ter um impacto sensível no comércio entre Estados-Membros (n.º 98).

especialmente quanto ao impacto da conversão do modelo de distribuição de livros eletrónicos, ficavam devidamente acauteladas⁶³⁹.

Uma segunda decisão de arquivamento mediante a apresentação de compromissos, recentemente adotada, respeita à qualificação da divulgação unilateral, pública, de informação comercialmente sensível, como restrição da concorrência⁶⁴⁰.

Nesta investigação, iniciada a 21 de novembro de 2013, a Comissão avaliou a legalidade de anúncios individuais de intenções em matéria de subidas de preços, feitos pelas principais empresas de transporte marítimo de mercadorias, nos respetivos *websites* e em publicações especializadas, procurando determinar se esta prática corresponderia a um acordo e/ou prática concertada restritiva da concorrência.

A este respeito, refira-se ainda que a Comissão admitiu a possibilidade de um anúncio unilateral poder indiciar a existência de uma prática concertada nas Orientações sobre acordos de cooperação horizontal, n.º 63: *“Quando uma empresa profere um anúncio unilateral genuinamente público, por exemplo através de um jornal, este comportamento não constitui normalmente uma prática concertada na aceção do artigo 101.º, n.º 1. No entanto, em função dos factos subjacentes ao processo em apreço, não pode ser excluída a existência de uma prática concertada, por exemplo, no caso de tal anúncio ser seguido de anúncios públicos de outros concorrentes, sobretudo devido ao facto de as respostas*

⁶³⁹ Note-se, ainda, que a 11 de junho de 2015, a Comissão anunciou ter iniciado uma investigação relativamente às práticas de comercialização de livros eletrónicos pela Amazon. De acordo com o comunicado divulgado pela Comissão (Comissão Europeia, IP/15/5166, de 11.6.2015), o objeto desta investigação prende-se também com a previsão de cláusulas de “nação mais favorecida” análogas às identificadas nas Decisões *E-Books*. Tais cláusulas permitem a introdução de um mecanismo de fixação e acompanhamento de preços, nos termos das quais a negociação com uma contraparte de um preço ou outras condições, mais favoráveis, implica a concessão de iguais benefícios às demais contrapartes contratuais. A previsão destas condições pode, por isso, ter o efeito .

⁶⁴⁰ Ver Decisão da Comissão, de 7.7.2016, proc. AT.39850, *Transporte marítimo de mercadorias*, adiante, “Decisão Transporte marítimo”.

estratégicas dos concorrentes aos anúncios públicos de outros concorrentes (por exemplo, que impliquem reajustamentos dos seus anúncios anteriores aos anúncios dos concorrentes) poderem revelar-se uma estratégia para chegar a um entendimento comum relativamente às condições da coordenação.”⁶⁴¹.

Muito embora a Comissão não concluísse preliminarmente (como fez, aliás, na Decisão *E-Books*), pela existência de uma restrição da concorrência pelo objeto, na sua apreciação preliminar ao abrigo do artigo 9.º, n.º 1 do Regulamento 1/2003 terá manifestado “*a sua apreensão pelo facto de os anúncios GRI [anúncios de aumento geral de tarifas] poderem ser de pouco valor para os clientes: o mero anúncio do montante de aumento pretendido pode não informar os clientes do novo preço total que terão de pagar no futuro. Além disso, os anúncios GRI podem ter um valor vinculativo reduzido e, por esse motivo, os clientes podem não confiar neles aquando das suas decisões de aquisição. A Comissão exprimiu ainda a preocupação de que esta prática possa permitir que as Partes explorem reciprocamente as respetivas intenções em matéria de preços e coordenem o seu comportamento. Esta prática pode ter permitido que as Partes ‘testassem’, sem correrem o risco de perder clientes, se podiam razoavelmente aplicar um aumento de preços, tendo podido, assim, reduzir a incerteza estratégica para as Partes e diminuir os incentivos para concorrerem entre si*”⁶⁴².

A Comissão não conclui assim definitivamente pela existência de uma prática concertada, o que poderá resultar (embora a decisão seja omissa a este respeito), da ausência de quaisquer indícios de trocas de informação entre as empresas transportadas previamente aos referidos anúncios individuais ou a seu respeito.

⁶⁴¹ Ver, ainda, a posição da Comissão sobre a avaliação jus-concorrencial de anúncios unilaterais, em (OCDE, 2012, p. 179 e ss.).

⁶⁴² Cf. Decisão *Transporte marítimo*, n.ºs 8 a 9.

Refira-se que, previamente à abertura formal da investigação, a Comissão realizou inspeções nas instalações das empresas transportadoras em causa⁶⁴³. O arquivamento ao fim de três anos de investigação poderá, por isso, indicar que a prova de uma concertação não foi possível.

Com efeito, a verificação de uma prática concertada relacionada com o intercâmbio de informações determinará, para além da verificação de um comportamento no mercado, a identificação de um elemento de coordenação ou concertação⁶⁴⁴.

Como definido pelo Tribunal Geral, na aplicação específica do conceito de prática concertada ao intercâmbio de informações entre concorrentes, este *“supõe efetivamente a existência de contactos caracterizados pela reciprocidade...Esta condição é satisfeita quando a divulgação, por um concorrente a outro, das suas intenções ou do seu comportamento futuros no mercado tenha sido solicitada ou, pelo menos, aceite pelo segundo”*⁶⁴⁵.

Cumulativamente, no Acórdão *T-Mobile*, o Tribunal de Justiça considerou que *“não está excluído que, consoante a estrutura do mercado, um único contato, como o que está em causa no processo principal, possa bastar, em princípio, para que as empresas envolvidas concertem a sua atuação no mercado e cheguem assim a uma cooperação prática que se substitui à concorrência e aos riscos que esta envolve”*⁶⁴⁶.

Ora, nestes termos, a Comissão deverá poder demonstrar que um anúncio público (ou seja, divulgado publicamente num *website* de acesso generalizado ou

⁶⁴³ Cf. Comissão Europeia, MEMO/11/307, de 17.5.2011: *“Antitrust: Commission confirms unannounced inspections in the container liner shipping sector”*.

⁶⁴⁴ Ver, e.g., (MOURA E SILVA, 2007) e (COLOMBANI et al., 2014, p. 1049 e ss.).

⁶⁴⁵ Cf. Acórdão de 15.3.2000, *Cimenteries CBR e o., T-25/95 e o.*, EU:T:2000:77, adiante “Acórdão do Tribunal Geral *Cimenteries CBR*”, n.º 1849.

⁶⁴⁶ Cf. Acórdão *T-Mobile*, n.º 59.

na imprensa), faz parte de uma coordenação ou, pelo menos da definição de uma estratégia para atingir essa coordenação no mercado, a não ser que o anúncio constitua, por si próprio, um convite à coordenação de concorrentes no mercado⁶⁴⁷.

Tal não terá sido o caso na investigação aos anúncios de aumentos generalizados de tarifas no sector do transporte marítimo de mercadorias. Não obstante, a identificação de um conjunto de preocupações – embora sem uma avaliação muito clara da natureza restritiva ou do impacto potencial aferido – determinou a imposição de compromissos, designadamente o fim dos anúncios de aumentos gerais de tarifas e o aumento da transparência e fiabilidade da informação disponível relativamente aos preços que as empresas decidirem divulgar, de modo a vinculá-las relativamente às informações sobre preços que prestarem aos seus clientes.

A título de observação final, não podemos deixar de sublinhar que o peso atualmente representado pelas decisões de compromissos em sede da prática decisória da Comissão⁶⁴⁸, abrangendo condutas cuja avaliação jusconcorrencial pode suscitar questões pertinentes a nível do seu enquadramento, e com um controlo jurisdicional efetivo relativamente limitado à luz do reconhecimento, pelo Tribunal de Justiça no Acórdão *Alrosa*, de uma apreciável margem de discricionariedade da Comissão, pode suscitar sérias questões de coerência sistemática, tanto à luz da abordagem restritiva proposta pelo Tribunal de Justiça relativamente às restrições da concorrência pelo objeto, que impõe que esta categoria seja reservada para as infrações mais nocivas (embora não necessariamente óbvias), o que justifica designadamente a dispensa da demonstração de efeitos restritivos da concorrência para imputar uma infração ao artigo 101.º, n.º1, como relativamente à necessidade de construir um *corpus* adequado de orientações e precedentes robustos relativamente a situações

⁶⁴⁷ Cf., a este propósito, as Orientações relativas aos acordos de cooperação horizontal, n.º 63.

⁶⁴⁸ Como reconhecido por (ITALIANER, 2013b)

novas, ou que mereçam uma ponderação mais cuidado dos interesses e incentivos em conflito⁶⁴⁹.

1.4. A aplicação do artigo 101.º, n.º 3 na prática decisória da Comissão

Como procuramos defender nesta tese, uma avaliação “mais económica” do conceito de restrição pelo objeto não pode ser incompatível com o artigo 101.º, n.º 3; de forma a manter o sentido útil desta disposição do Tratado, será portanto necessário proceder a uma ponderação sistemática e articulada de ambas as disposições, tornando claros os elementos que devem ser considerados para efeitos de preenchimento dos requisitos da proibição, e distinguindo-os claramente das condições necessárias ao reconhecimento da justificação.

O artigo 101.º, n.º 3 contém a justificação legal que permite, a qualquer restrição da concorrência abrangida pelo campo de aplicação do artigo 101.º, n.º 1, beneficiar de uma isenção individual, i.e., de não ser proibida. Se, até à aprovação do Regulamento 1/2003, apenas a Comissão poderia avaliar individualmente um acordo com vista à concessão de uma isenção individual, ao abrigo do regime de centralização administrativa instaurado pelo Regulamento 17/62, a modernização administrativa veio alterar substancialmente esta estrutura, *descentralizando-a* através do reconhecimento do efeito direto do n.º 3.

Uma avaliação “mais económica” do conceito de restrição pelo objeto não pode ser incompatível com o artigo 101.º, n.º 3; de forma a manter o sentido útil desta disposição do Tratado, será mesmo necessário proceder a uma ponderação sistemática e articulada de ambas as disposições, tornando claros os elementos que devem ser considerados para efeitos de preenchimento dos requisitos da

⁶⁴⁹ Não deixa de ser interessante confrontar a atual liberalidade da Comissão no recurso a decisões de compromissos com a relativa contenção defendida pelo antigo Diretor-Geral P. Lowe. Ver, e.g., (LOWE & MAIER-RIGAUD, 2007, p. 609): “*article 9 decisions, in particular in complex cases, will typically not have substantial procedural advantages despite the fact that article 9 decisions are more consensual and are, therefore, less likely to entail appeals from the committing party. In general, therefore, article 7 decisions are the preferable procedural choice, as through their more general remedies they have a higher precedence value and provide a basis for private actions*”.

proibição, e distinguindo-os claramente das condições necessárias ao reconhecimento da justificação. Com efeito, a posição da Comissão sobre o sentido útil desta disposição, definido em 2004 com a aprovação das Orientações relativas à aplicação do artigo 101.º, n.º 3 logo nos alvares da descentralização, resulta de um receio, mais ou menos fundado dos riscos de invocação desta disposição por motivos políticos ou sociais, que a Comissão deixaria de estar em posição de controlar com eficácia⁶⁵⁰, é atualmente desajustada, merecendo por isso reflexão a necessidade da sua revisão e atualização⁶⁵¹.

Assim, estando disponível para qualquer restrição da concorrência, incluindo para restrições da concorrência pelo objeto, é um dado adquirido que a invocação da justificação em casos de infrações pelo objeto é, normalmente, desprovida de sucesso. Com efeito, na prática decisória da Comissão, apoiada nas Orientações relativas ao artigo 101.º, n.º 3, a verificação de uma restrição da concorrência pelo objeto constitui, invariavelmente, uma presunção materialmente *irrefutável* quanto à dificuldade de preenchimento dos requisitos da isenção individual⁶⁵².

Tal resulta da conceção inerente às próprias Orientações, nos termos da qual a justificação de uma restrição apenas poderá ser aceite no caso de esta ser necessária para a promoção dos ganhos de eficiência alegados a nível do acordo principal, a ser avaliada no mercado relevante em causa no acordo ou restrição controvertida⁶⁵³. Uma vez que apenas a este nível se poderão alegar eventuais impactos positivos no quadro referencial das restrições da concorrência pelo objeto, o âmbito de aplicação da justificação a restrições desta natureza é, por isso, necessariamente restrito.

⁶⁵⁰ Assim, no Livro Branco de 1999 sublinhava-se que o artigo 101.º, n.º 3 não poderia ser aplicado à luz de considerações ou interesses políticos. Cf. Livro Branco de 1999, n.º 57.

⁶⁵¹ Neste sentido, ver (PETIT, 2009).

⁶⁵² Ver (JONES, 2010b, p. 669 e ss.) e (BAILEY, 2012, p. 595 e ss.).

⁶⁵³ Ver, neste sentido, (NICOLAIDES, 2005, p. 169). Cf., igualmente, Orientações relativas ao artigo 101.º, n.º 3, n.º 43.

O enfoque quase exclusivo da atuação sancionatória da Comissão – e, diga-se, também entre nós pela Autoridade da Concorrência, como veremos de seguida⁶⁵⁴ – nas restrições por objeto não pode deixar de ser articulado com um dos objetivos declarados da modernização processual introduzida pelo Regulamento 1/2003, a maior disponibilidade dos recursos disponíveis para a deteção, investigação e punição das restrições mais graves da concorrência, ou seja, daquelas restrições cujo impacto negativo na concorrência é mais sensível; tais restrições são normalmente qualificadas pela Comissão, precisamente, como restrições da concorrência pelo objeto.

Todavia, em tais investigações, a análise dos efeitos é necessariamente secundarizada face ao dano presumido inerente à própria prática, numa manifestação clara de *economia* de recursos: partindo do pressuposto que um cartel produz efeitos negativos na concorrência, a Comissão normalmente não desenvolve uma análise de efeitos individual para os casos de cartel que investiga – e que correspondem à generalidade das investigações relacionadas com a infração ao artigo 101.º, preferindo ao invés investir na demonstração probatória do acordo ou da prática concertada em causa⁶⁵⁵.

⁶⁵⁴ Questão que será retomada na segunda parte do presente capítulo. Nesta etapa, importa recordar que a distinção entre restrições pelo objeto e pelo efeito consta da legislação portuguesa de direito da concorrência desde a adoção do Decreto-Lei n.º 422/83, inspirado claramente no texto do artigo 101.º, mantendo-se imutável, com ligeiríssimas alterações semânticas sem significado relevante, até à adoção da Lei n.º 19/2012, que contém o regime de defesa da concorrência nacional atualmente vigente em Portugal. Sem prejuízo da clara – e expressamente reconhecida pelas autoridades a quem tem sido acometida a responsabilidade pela aplicação das regras de defesa da concorrência, incluindo as instâncias jurisdicionais (vd., a este respeito, a nossa análise comparada entre a jurisprudência nacional e europeia relativa a decisões de associações de empresas, em (FERREIRA, 2011) – aproximação ao Direito europeu na integração dos conceitos constantes da norma de proibição, verifica-se na prática sancionatória da Autoridade da Concorrência em matéria de acordos entre empresas um alinhamento pela prática da Comissão: todas as decisões sancionatórias adotadas em aplicação da norma de proibição de acordos entre empresas, desde a entrada em funções da Autoridade da Concorrência até 2016 correspondem a restrições pelo objeto, com especial relevância para acordos de fixação de preços ou de repartição de clientes. Para uma visão geral da experiência processual da Autoridade da Concorrência, ver (MOURA E SILVA, 2011).

⁶⁵⁵ Ver (BAILEY, 2012, p. 568 e ss.), coligindo esta orientação com a linha jurisprudencial relativa à demonstração da existência de uma prática concertada e concluindo pela existência de diversas manifestações de “simplificação” dos critérios necessários para demonstração de uma restrição da concorrência pelo objeto, em particular relativamente a infrações onde o consenso doutrinário e económico aponta para a nocividade inerente da conduta.

Assim, a modernização da aplicação do artigo 101.º tem conduzido à sobre aplicação da proibição *formal* de acordos que, pela sua natureza, se presume terem um impacto negativo na concorrência, sem que seja necessário determinar concretamente qual o impacto *material* de cada acordo proibido e punido, tendo por contrapartida uma relativa parcimónia na identificação de efeitos negativos para a concorrência.

O alargamento desta metodologia a certas práticas, designadamente as decisões em matéria de intercâmbio de informações entre concorrentes⁶⁵⁶, as decisões adotadas em relação a certas regras comerciais de sistemas de pagamento⁶⁵⁷, e as decisões de proibição relativas a acordos relacionados com a entrada no mercado de determinados produtos farmacêuticos⁶⁵⁸, cujo impacto negativo pode ser discutível, designadamente pelo efeito negativo na concorrência ou pelos eventuais argumentos de eficiência que podem ser aduzidos, e a sua qualificação como restrições da concorrência pelo objeto (desonerando a Comissão da demonstração de efeitos negativos na concorrência), parece contrariar a posição assumida a nível de política da concorrência por um maior enfoque nas práticas que causem maiores danos à concorrência e que tenham um impacto negativo sobre o bem-estar do consumidor.

Por outro lado, coloca em confronto a dialética entre o artigo n.º 1 e o artigo n.º 2, na adjudicação entre o que deve ser considerado restritivo da concorrência e quais as condições a observar para garantir o preenchimento dos requisitos do n.º 3.

Note-se que não está aqui em causa questionar a qualificação da natureza objetivamente restritiva das práticas em causa, mas sim determinar se neste

⁶⁵⁶ Ver Decisão da Comissão de 15.10.2008, no proc. COMP/39188, *Bananas*.

⁶⁵⁷ Ver Decisão *MasterCard I*, e Decisão *Groupement des Cartes Bancaires*, analisadas supra.

⁶⁵⁸ Ver Decisão *Lundbeck* e Decisão *Fentanilo*, analisadas supra.

exercício, a Comissão adere aos princípios interpretativos definidos pelo Tribunal de Justiça⁶⁵⁹, e às suas próprias Orientações.

Um exemplo dessa dificuldade em harmonizar a prática decisória da Comissão com os princípios e orientações definidos por si ou resultantes da jurisprudência do Tribunal de Justiça, na compaginação da definição de uma restrição da concorrência pelo objeto, na sua articulação com o artigo 101.º, n.º 3, e na definição de precedentes decisórios robustos, encontra-se na Decisão *Star Alliance*, adotada ao abrigo do artigo 9.º do Regulamento 1/2003.

O acordo em causa respeita a um acordo de cooperação envolvendo todas as rotas transatlânticas de um conjunto de companhias aéreas europeias e americanas⁶⁶⁰, implicando uma “cooperação intensiva” entre as empresas envolvidas, com implicações nos preços, capacidade e coordenação de carreiras, bem como, partilha de receitas⁶⁶¹. Na apreciação preliminar dirigida às partes, a Comissão identificou preocupações relativas à compatibilidade do acordo com o artigo 101.º, em especial numa rota específica⁶⁶².

Na avaliação jusconcorrencial do acordo, a Comissão conclui, *preliminarmente*, pela existência de uma restrição da concorrência pelo objeto, à luz do grau e extensão das relações de cooperação entre as participantes no

⁶⁵⁹ Cf. Acórdão *Groupement des Cartes Bancaires*, n.º 48 a 52. De acordo com a fórmula empregue recorrentemente pelo Tribunal de Justiça (cf., e.g., o n.º 50 deste acórdão), uma restrição da concorrência pelo objeto deverá englobar aquelas formas de coordenação que “*podem ser consideradas, pela sua própria natureza, prejudiciais ao bom funcionamento do jogo da concorrência*”. Ver, igualmente, o Acórdão de 19.3.2009, *Archer Daniels Midland c. Comissão*, C-510/06 P, EU:C:2009:166, adiante “Acórdão *Archer Daniels*”, n.º 140, e o Acórdão *T-Mobile*, n.ºs 28-30.

⁶⁶⁰ No caso, trata-se de uma empresa comum não concentrativa, por isso não sujeita ao controlo prévio de concentrações comunitários, nos termos do Regulamento 139/2004.

⁶⁶¹ Cf. Decisão *Star Alliance*, n.º 2.

⁶⁶² Cf. Decisão *Star Alliance*, n.º 3: a rota em causa respeita à ligação Nova Iorque – Frankfurt para passageiros *premium*.

acordo⁶⁶³, tendo igualmente realizado uma análise contrafactual para determinar efeitos potenciais negativos decorrentes da sua implementação⁶⁶⁴. Também aqui, a Comissão conclui pela verificação de um efeito restritivo potencial, em especial porque na sequência do acordo, as partes deixariam de sofrer a pressão concorrencial dos seus principais concorrentes, uma vez que esta cooperação iria representar uma quota de mercado superior a 70% na rota afetada⁶⁶⁵.

Todavia, na avaliação dos eventuais efeitos positivos, à luz do artigo 101.º, n.º 3, a Comissão não cuidou de avaliar apenas eventuais acréscimos de eficiência no mercado afetado, à luz das Orientações relativas ao artigo 101.º, n.º 3, mas também da sua prática decisória, procurando ao invés avaliar ganhos de eficiência *noutros mercados relacionados*⁶⁶⁶, os quais, sendo verificados, não foram todavia considerados suficientes numa apreciação preliminar, acabando por ser adequados no quadro dos compromissos apresentados pelas partes. Nestes termos, a Comissão acabou por aceitar o que corresponde, na sua própria avaliação, a uma restrição da concorrência pelo objeto e pelo efeito (potencial) com impacto sensível no mercado, com base numa avaliação de efeitos positivos verificados noutros mercados, que não aquele onde as preocupações preliminares foram verificadas.

⁶⁶³ Cf. Decisão *Star Alliance*, n.º 36: “*The parties cooperate extensively in relation to key parameters of airline competition. In particular, they develop strategic network plans including capacity requirements, potential schedule patterns, new projects and production shares; pursue joint revenue management activities; combine their pricing functions and align their pricing policy; coordinate on inventory management on transatlantic markets while maintaining separate inventory management systems; coordinate their marketing activities; and align their frequent flyer programmes (‘FFP’). Moreover, the A++ agreement has provisions on the parties’ cooperation in relation to airport operations, quality management, IT and monitoring with the members of the A++ joint venture and other non-member airlines.*”.

⁶⁶⁴ Cf. Decisão *Star Alliance*, n.ºs 40 e ss.

⁶⁶⁵ Cf. Decisão *Star Alliance*, n.º 43.

⁶⁶⁶ Cf. Decisão *Star Alliance*, n.º 57. Como refere (ITALIANER, 2013a), esta foi a primeira vez que se promoveu a avaliação de eficiências “*fora do mercado*” para efeitos de eventual aplicação do artigo 101.º, n.º 3.

Sem prejuízo da natureza ainda embrionária desta nova abordagem da Comissão à avaliação dos critérios de justificação do artigo 101.º, n.º 3, não podemos deixar de sublinhar que a mesma se enquadra, em nossa opinião, nas orientações jurisprudenciais definidas a propósito da aplicação do artigo 101.º, n.º 1 relativamente às restrições pelo objeto. Em bom rigor, uma extensão do âmbito de aplicação do conceito de restrição da concorrência pelo objeto implica, para além da diluição da distinção objeto/efeito, uma progressiva degradação do sentido útil do artigo 101.º, n.º 3. Nesses termos, a abordagem avançada pela Comissão em *Star Alliance* parece-nos compatível com uma limitação do recurso extensivo ao conceito de restrição da concorrência pelo objeto, tal como avançado pelo Tribunal de Justiça no Acórdão *Groupement des Cartes Bancaires*, permitindo identificar argumentos de eficiência de modo mais alargado, que resultem do acordo na sua globalidade⁶⁶⁷.

2. RESTRIÇÕES DA CONCORRÊNCIA PELO OBJETO NA PRÁTICA DECISÓRIA DA AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA *

2.1. Antecedentes

Instituída pelo Decreto-Lei n.º 10/2003, de 18 de janeiro⁶⁶⁸, com a criação da Autoridade da Concorrência substituiu-se a estrutura institucional dualista

⁶⁶⁷ Ver, neste sentido, (IBÁÑEZ COLOMO, 2012, p. 559 e ss.). De igual modo, esta avaliação extensiva parece ser admitida pelo Tribunal de Justiça no Acórdão *MasterCard*, n.º 241: “*Resulta do exposto que, na hipótese de o Tribunal Geral ter constatado a existência de vantagens objetivas sensíveis decorrentes das CIM para os comerciantes, embora estas não se afigurassem, em si mesmas, suficientes para compensar os efeitos restritivos constatados nos termos do artigo 81.º, n.º 1, CE, o conjunto das vantagens nos dois mercados de utilizadores no sistema MasterCard, incluindo, portanto, no dos titulares de cartões, poderia, eventualmente, ter justificado as CIM se, consideradas globalmente, tais vantagens fossem suscetíveis de compensar os efeitos restritivos dessas comissões.*”

* A título cautelar, o autor sublinha que, por via das suas funções na AdC, no período entre 2007 e 2014, poderá ter um conhecimento dos processos citados que ultrapassará o que resulta da leitura dos documentos disponíveis ao público, designadamente, as decisões da AdC e sentenças judiciais. Não obstante, os seus comentários e observações incidirão, apenas, sobre o teor de documentos que estejam disponíveis, e que são citados ao longo do texto.

⁶⁶⁸ Que aprovou os primeiros Estatutos da AdC. Na sequência da revisão de 2012 da Lei da Concorrência, e da publicação da Lei n.º 67/2013, de 28 de agosto (Lei-quadro das entidades

responsável pela aplicação das regras de concorrência nacionais e comunitárias que vigorou no essencial entre nós desde 1983, assente na articulação entre o Conselho da Concorrência e a Direcção-Geral da Concorrência e Preços (a partir de 1996, Direcção-Geral do Comércio e Concorrência), por uma estrutura monista, dotada de poderes de fiscalização, supervisão e sancionatórios, concentrando assim numa única instituição as competências necessárias à identificação, investigação e punição de práticas restritivas da concorrência, nos termos da Lei da Concorrência e do TFUE⁶⁶⁹, adotando um modelo inspirado nas competências atribuídas à Comissão⁶⁷⁰.

Recordemos que, com a aprovação do Decreto-Lei n.º 422/83, de 3 de dezembro, foi introduzido o regime de defesa da concorrência em Portugal, materialmente inspirado no quadro normativo comunitário.

Importa, ainda assim, sublinhar que, na vigência da Constituição de 1933 foram adotados atos legislativos tendentes à criação de um regime de defesa da concorrência, embora condicionados pelos princípios orientadores do regime político então vigente⁶⁷¹.

administrativas independentes com funções de regulação da atividade económica dos setores privado, público e cooperativo), os Estatutos da AdC foram revistos pelo Decreto-Lei n.º 125/2014, de 18 de agosto, atualmente em vigor.

⁶⁶⁹ Nos termos do artigo 35.º do Regulamento 1/2003, “os Estados-Membros devem designar a autoridade ou autoridades em matéria de concorrência responsáveis pela aplicação dos artigos 81.º e 82.º do Tratado de forma a que sejam efetivamente respeitadas as disposições do presente regulamento”. Cf., ainda, o Prêambulo do Decreto-Lei n.º 10/2003: “a profunda evolução em curso na legislação comunitária impõe a existência de uma autoridade da concorrência que seja efetivamente capaz de promover a aplicação das normas comunitárias em vigor e de se inserir com eficácia na rede de reguladores da concorrência que, sob a égide da Comissão Europeia, se estenderá a todos os Estados membros da Comunidade”, e o artigo 6.º, n.º 1, al. g) dos primeiros Estatutos da AdC (aprovados pelo Decreto-Lei n.º 10/2003), e o artigo 5.º, al. h) dos Estatutos da AdC em vigor (aprovados pelo Decreto-Lei n.º 125/2014).

⁶⁷⁰ Para uma análise do regime vigente até à reforma do regime nacional de concorrência de 2003, ver (VILAÇA, 2006). Particularmente relevante pelo balanço de 20 anos de atividade do Conselho da Concorrência, cf. o último relatório aprovado pelo Conselho da Concorrência previamente à sua extinção, Conselho da Concorrência, 18.º Relatório de atividade (2002).

⁶⁷¹ Ver (XAVIER, 1970), para quem a referência à “prevenção da concorrência desregrada” no artigo 34.º da Constituição de 1933 poderia ser considerada uma norma habilitante para a implementação de regras de controlo prévio de operações de concentração empresarial.

Assim, a Lei n.º 1936, de 18 de março de 1936, punia “os acordos, combinações e coligações que tenham por fim restringir abusivamente a produção, o transporte ou comércio dos bens de consumo”, embora condicionada aos objetivos da economia nacional corporativa (cf. base III e IV).

Este primeiro ato legislativo tendente à defesa da concorrência – nunca regulamentado – seria revogado pela Lei n.º 1/72, de 24 de março, que promulgava novas bases para uma lei de defesa da concorrência que, uma vez mais por falta de regulamentação, acabaria por não entrar em vigor⁶⁷².

Como notámos supra, o primeiro regime nacional “moderno” de defesa da concorrência, introduzido pelo Decreto-Lei n.º 422/83, inspirava-se substancialmente, no que às normas materiais respeita, nos artigos 101.º e 102.º TFUE.

A identidade material entre as normas nacionais e europeias aplicáveis aos acordos entre empresas deve ser assinalada, tal como o modo como são aplicadas, tanto pelas autoridades administrativas responsáveis (Conselho da Concorrência, primeiro, e a AdC, depois), como pelos tribunais nacionais no âmbito da fiscalização das decisões de proibição proferidas pela AdC desde 2003.

Nestes termos, e com poucas alterações semânticas, as normas aplicáveis nos sucessivos regimes de defesa da concorrência aos acordos entre empresas, desde 1983, mantêm-se estruturalmente idênticos, reproduzindo, no ordenamento jurídico nacional, também a distinção entre o objeto e o efeito restritivo da prática.

Tal aproximação é ainda mais significativa quando os precedentes europeus são invocados mesmos quando não se verificam no caso concreto os

⁶⁷² Para uma análise histórica do processo formativo do Direito português da concorrência, ver (MOURA E SILVA, 2008, p. 41 e ss.), (M. M. PEREIRA, 2009, p. 12 e ss.) e (CORDEIRO, 1987).

pressupostos de aplicação das normas europeias, designadamente o critério da afetação do comércio entre Estados⁶⁷³.

Refira-se, aliás, que esta é uma tendência que encontra as suas origens na atuação da primeira instituição responsável pela aplicação das regras de defesa da concorrência em Portugal, o Conselho da Concorrência, que, logo no seu Relatório de Atividade de 1986, apresenta as suas orientações relativamente às relações entre o ordenamento nacional e comunitário da concorrência⁶⁷⁴: *“As decisões da Comissão das Comunidades Europeias relativas à aplicação dos artigos 85.º e 86.º do Tratado CEE, os acórdãos do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeia nessa matéria e os Regulamentos de isenção por categoria exprimem, na opinião do Conselho da Concorrência, orientações de política de concorrência às quais não pode ser indiferente a aplicação de legislação nacional nos casos em que não suscitado o primado do direito comunitário não se impõe uma solução uniforme”*.

Já no âmbito da aplicação da Lei da Concorrência, também os tribunais nacionais se foram pronunciando no mesmo sentido.

Assim, relativamente à interpretação do artigo 4.º da Lei n.º 18/2003, atual artigo 9.º da Lei da Concorrência, o Tribunal do Comércio de Lisboa considerou que *“a fonte deste preceito é, claramente e de forma quase repetitiva o já citado artigo 81.º do Tratado, que tem sido objeto de intenso labor por parte da Comissão, do TPI e do TJC, o qual terá, evidentemente, que ser tido em conta na interpretação e aplicação do artigo 2.º. Pode afirmar-se com segurança que, com*

⁶⁷³ Como assinalámos em (FERREIRA, 2011, p. 318 e ss.). Ver igualmente a este propósito (RUIZ, 1999, pp. 15, nota 24), que refere que *“para além dos casos em que, nas suas decisões ou pareceres, o Conselho se reportou expressamente à aplicação do direito nacional em conformidade com a política de concorrência comunitária e com o direito comunitário originário e derivado, a generalidade das suas decisões apresenta um elevado grau de consonância com a interpretação do Tratado CE por parte da Comissão e do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias. Esta sintonia é visível sobretudo no que se refere a conceitos fundamentais do direito da concorrência tais como os de empresa, de acordo entre empresas, de prática concertada, de restrição da concorrência, de posição dominante e de abuso de posição dominante”*.

⁶⁷⁴ Cf. Conselho da Concorrência, 2.º Relatório de atividade (1986), p. 27.

*as devidas adaptações, é, no caso, às orientações da Comissão e decisões desta e dos Tribunais Comunitários que deve ir buscar-se a integração da norma. Os conceitos são os mesmos e têm sido intensamente trabalhados e estudados e valem para o nosso direito interno como para o direito comunitário”*⁶⁷⁵.

Mais recentemente, o Tribunal de Concorrência, Regulação e Supervisão continuou a mesma tendência – iniciada, como vimos, pelo Conselho da Concorrência, promovendo uma interpretação *harmonizada* do Direito nacional da concorrência à luz das normas e princípios do Direito europeu da concorrência, mesmo quando não há lugar à aplicação do Tratado⁶⁷⁶ nos casos concretos promovidos pela AdC.

2.2. O objeto restritivo na prática decisória da Autoridade da Concorrência

Ao contrário do que se verifica na prática decisória da Comissão, não identificámos no acervo decisório da AdC decisões de proibição de acordos restritivos da concorrência apenas pelo seu efeito, sendo a generalidade das infrações imputadas a título de objeto, ou pelo objeto e efeito⁶⁷⁷.

Por outro lado, e tal como referimos a propósito da prática decisória da Comissão, verifica-se a partir da adoção da Lei da Concorrência, que introduziu formalmente a possibilidade de o processo contraordenacional ser arquivado em

⁶⁷⁵ Cf. Sentença do TCL de 12.1.2006, *Ordem dos Médicos Veterinários*, proc. 1302/05.5TYLSB, p. 17

⁶⁷⁶ Cf. Sentença do TCRS de 7.3.2014, *Copidata e o.*, proc. 38/13.8YUSTR, p. 142 e ss.

⁶⁷⁷ Ver o levantamento exaustivo de decisões proferidas pela AdC, até 31.12.2014, em (MONIZ et al., 2016, p. 1075 e ss.). Neste período, a AdC proferiu 25 decisões condenatórias por infração às regras de defesa da concorrência aplicáveis aos acordos entre empresas, das quais onze decisões relativas a acordos de cartel, oito decisões relativas a decisões de associações de empresa, cinco decisões relativas a restrições verticais e uma decisão relativa a um acordo horizontal não qualificado como acordo de cartel. Entre 1.1.2015 e 30.6.2016, a AdC proferiu duas decisões condenatórias: uma decisão relativa a restrições verticais relacionada com a proibição de vendas passivas fora do território contratual (Decisão da AdC, de 29.1.2015, no proc. PRC/2011/13, *Petrogal*) e uma decisão relativa a um acordo de cartel (Decisão da AdC, de 9.7.2015, no proc. PRC/2014/02, *Algeco e o.*).

fase de inquérito ou instrução mediante a apresentação de compromissos⁶⁷⁸, verifica-se, logo a partir de 2013, a adoção de decisões de arquivamento mediante imposição de compromissos seguindo, como notamos anteriormente, a prática da Comissão a este respeito⁶⁷⁹.

Da prática decisória da AdC resultam alguns elementos que merecem particular atenção.

Desde logo, a AdC procura suportar as suas análises nos precedentes de origem europeia. Tal é o caso, nomeadamente, da concretização dos conceitos de “restrição da concorrência” e de “objeto” ou “efeito” restritivos da concorrência⁶⁸⁰.

Não obstante, e em várias dessas decisões, o “efeito” restritivo da prática identificada e qualificada como restrição da concorrência pelo objeto, é, as mais das vezes, extrapolada do objeto da prática e da sua execução, não se procedendo normalmente a uma qualquer análise de efeitos⁶⁸¹. Desta forma, não identificámos qualquer restrição da concorrência qualificada como uma infração pelo objeto e pelo efeito ao artigo 9.º da Lei da Concorrência ou ao artigo 101.º

⁶⁷⁸ Regime introduzido pelos artigos 23.º e 29.º da Lei da Concorrência. Ver, ainda, (MOURA E SILVA, 2013a) e (MONIZ et al., 2016, p. 238 e ss.). Como nota o primeiro autor citado, previamente à adoção da nova Lei da Concorrência, e tal como a Comissão ao abrigo do Regulamento 17/62 (que não previa expressamente a possibilidade de adotar decisões de arquivamento mediante aceitação de compromissos), a AdC havia já desenvolvido uma prática de adoção de decisões de arquivamento com compromissos, num quadro de alguma incerteza, não apenas para as empresas envolvidas, mas também para a margem de atuação da AdC no caso de verificação de um incumprimento aos compromissos em causa (cf. ob. cit., p. 263).

⁶⁷⁹ Ver, em especial, a Decisão da AdC de 5.3.2015, no proc. PRC/2013/5, *Peugeot Portugal*, relativa a cláusulas que condicionavam, em determinadas condições, a extensão da garantia automóvel à realização de operações de manutenção ou reparação (fora do âmbito da garantia) em oficinas da rede oficial da marca; e a Decisão da AdC, de 1.6.2015, no PRC/2013/2, *Controlinveste e o.*, relativa aos acordos de distribuição de conteúdos televisivos relacionados com jogos de futebol.

⁶⁸⁰ Cf., e.g., Decisão da AdC, de 24.10.2007, *Aeronorte e Helisul*, no proc. PRC/2005/20, adiante “Decisão *Aeronorte*”, p. 85 e ss.; Decisão da AdC, de 31.7.2012, *Cantinas*, no proc. PRC/2007/2, adiante “Decisão *Cantinas*”, p. 253 e ss.

⁶⁸¹ Cf. Decisão *Aeronorte*, p. 92 e ss.

em que tenha sido feita uma análise de efeitos, que não se traduza na verificação da implementação da prática.

Dois casos distintos relativamente à qualificação do objeto e/ou efeito da prática, e que merecem algum destaque, encontram-se na Decisão *Anepe*⁶⁸², e na Decisão *Cantinas*.

Assim, na Decisão *Anepe*, um processo onde se discutia a compatibilidade com o artigo 4.º da Lei n.º 18/2003 de uma decisão de associação de empresas, na sequência de uma recomendação relativa a preços mínimos a cobrar em parques de estacionamento, a AdC conclui que a prática deve ser qualificada como uma restrição da concorrência pelo objeto⁶⁸³, mas também apura uma “*afetação efetiva da estrutura do mercado concorrencial em causa, ao condicionar-se claramente a autonomia dos operadores económicos na definição da sua política comercial e ao pôr em causa elementos tipicamente concorrenciais na definição dos preços*”⁶⁸⁴, acabando por imputar a infração a título de objeto ou efeito⁶⁸⁵.

No processo *Cantinas*, a AdC investigou um acordo horizontal envolvendo várias empresas ativas no mercado da restauração coletiva, acabando por identificar duas práticas materialmente autónomas: um intercâmbio de informações sensíveis e um acordo de repartição de clientes.

Se a avaliação do acordo horizontal não suscita dificuldades de maior, a análise jusconcorrencial dos intercâmbios de informações continua a suscitar as maiores dificuldades⁶⁸⁶.

⁶⁸² Cf. Decisão da AdC, de 31.12.2010, *Anepe*, no proc. PRC/2006/12, adiante “Decisão *Anepe*”.

⁶⁸³ Cf. Decisão *Anepe*, p. 211.

⁶⁸⁴ Cf. Decisão *Anepe*, p. 212.

⁶⁸⁵ Cf. Decisão *Anepe*, artigo 1.º.

⁶⁸⁶ Para uma avaliação geral das questões suscitadas pela avaliação da compatibilidade de intercâmbios de informação entre concorrentes com o artigo 101.º, ver (COLOMBANI et al., 2014, p. 1044 e ss.), (WHISH & BAILEY, 2015, p. 575 e ss.) e (WAGNER-von PAPP, 2013). Exemplos da prática decisória da Comissão e de diversas ANC, e do modo como tais intercâmbios têm sido

Neste caso em particular, a AdC suportou-se essencialmente na Decisão da Comissão *UK Tractors*⁶⁸⁷, embora tenha qualificado o intercâmbio de informações sensíveis identificado como uma restrição da concorrência pelo objeto, mas também pelo objeto⁶⁸⁸, no que corresponde a um afastamento daquele precedente comunitário que, notoriamente, não havia qualificado a prática como tendo um objeto restritivo, realizando outrossim a análise da restrição à luz do conceito de infração pelo efeito⁶⁸⁹.

Em sede de recurso, o TCRS acabaria por discordar da qualificação da prática relativa ao intercâmbio de informações, considerando que *“as grandes questões que se suscitam neste caso consistem, em nosso entender, em saber se o tipo de informação trocada pode ser considerada sensível e apta a restringir a concorrência, uma vez que respeita a dados passados e não incide sobre preços ou volumes de faturação, se a infração em causa é uma restrição pelo objeto ou pelos efeitos e se os efeitos da prática de troca de informações podem ser potenciais e não efeitos reais, já verificados e provados”*⁶⁹⁰.

Com este enquadramento, o TCRS prossegue a sua avaliação do intercâmbio de informações identificado, concluindo que o mesmo, por se tratar da transmissão de dados passados, *“não é de molde considerar-se à partida que houve uma restrição da concorrência”*⁶⁹¹, fazendo por isso uma extensa análise da jurisprudência comunitária, por um lado, e dos factos, do contexto e da utilização

analisados na perspetiva sancionatória, podem ser encontrados em (MORAIS & FETEIRA, 2014), (GHELCKE & RIVAS, 2012) e (GRASSANI, 2008).

⁶⁸⁷ Decisão da Comissão, de 17.2.1992, nos proc. IV/31.370 e 31.446, *UK Tractors*.

⁶⁸⁸ Cf. Decisão *Cantinas*, artigos 1.º a 5.º.

⁶⁸⁹ Ver Acórdão do Tribunal Geral de 27.10.1995, *John Deere c. Comissão*, T-35/92, EU:T:1994:259, n.º 47.

⁶⁹⁰ Ver Sentença do TCRS, de 19.7.2013, *Cantinas*, no proc. 88/12.1YUSTR, adiante “Sentença *Cantinas*”, p. 256.

⁶⁹¹ Cf. Sentença *Cantinas*, p. 257.

da informação em causa pelas empresas, para concluir pela existência de uma restrição *pelo efeito*⁶⁹².

In fine, a análise destes dois processos é reveladora da influência do conceito de restrição da concorrência pelo objeto, também na prática decisória nacional. Considerações relacionadas com a facilidade de prova e desnecessidade de demonstração de efeitos poderão estar relacionadas com esta evidência, sendo certo que, no caso do processo relativo ao intercâmbio de informações, a AdC adotou a sua decisão quase contemporaneamente à emissão das Orientações relativas aos acordos de cooperação horizontal, de 2011, onde a Comissão pela primeira vez emite linhas de interpretação para acordos de intercâmbio de informações e introduz a possibilidade de uma restrição desta natureza poder ter um objeto restritivo, designadamente quando estejam em causa trocas de informações relativas a elementos sensíveis da estratégia comercial de uma empresa para o futuro.

⁶⁹² Cf. Sentença *Cantinas*, p. 260.

CAPÍTULO 4: O DESENVOLVIMENTO DO CONCEITO DE RESTRIÇÃO DA CONCORRÊNCIA PELO OBJETO NA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

SUMÁRIO: 1. O conceito de restrição da concorrência pelo objeto na economia do artigo 101.º, n.º 1. 2. A salvaguarda do sentido útil da estrutura do artigo 101.º TFUE e a rejeição da *regra de razão*. 3. O Tribunal de Justiça e a abordagem mais económica às restrições da concorrência pelo objeto. 4. O conceito de restrição da concorrência pelo objeto e os objetivos do Direito europeu da concorrência.

1. O CONCEITO DE RESTRIÇÃO DA CONCORRÊNCIA PELO OBJETO NA ECONOMIA DO ARTIGO 101.º, N.º 1

1.1. Elementos objetivos e subjetivos do artigo 101.º, n.º 1

O artigo 101.º, n.º 1 proíbe acordos entre empresas *“que sejam suscetíveis de afetar o comércio entre os Estados membros e que tenham por objetivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado interno”*.

Os elementos essenciais da proibição respeitantes à existência de um acordo⁶⁹³, à definição de “empresa”, à suscetibilidade de afetação do comércio entre Estados membros, e à determinação de um objeto ou efeito restritivo da concorrência, não são definidos pelo Tratado, sendo deixado ao intérprete, e em última análise ao Tribunal de Justiça, o dever de os concretizar na aplicação das regras ao caso concreto.

Neste sentido, o Tribunal de Justiça desenvolveu uma abordagem essencialmente funcionalista dos elementos operativos da proibição, procurando determinar o fim da proibição e garantir o efeito útil da sua aplicação, designadamente, que *“a conceção inerente às disposições do Tratado relativas à concorrência e segundo a qual qualquer operador económico deve determinar de maneira autónoma a política que pretende seguir no mercado comum, incluindo a escolha dos destinatários das suas ofertas e das suas vendas”*⁶⁹⁴.

Esta orientação jurisprudencial tem especial significado na definição dos elementos essenciais que determinam a aplicação do artigo 101.º: o elemento subjetivo – a norma destina-se a *empresas* – e o elemento objetivo – a proibição abrange *certas formas de coordenação empresarial*.

⁶⁹³ Por facilidade de exposição, incluímos sob a referência genérica a “acordo” todas as manifestações de coordenação empresarial abrangidas pela estatuição do artigo 101.º, n.º1: acordos, práticas concertadas e decisões de associações de empresas.

⁶⁹⁴ Acórdão *Suiker Unie*, n.º 173.

A avaliação concreta do preenchimento dos elementos operacionais do artigo 101.º, n.º 1, precisamente pela abordagem funcionalista da jurisprudência, pode suscitar questões de previsibilidade e segurança jurídica no modo como as regras são aplicadas, e coloca a tónica na conceptualização do comportamento empresarial em estruturas de mercado imperfeito, em especial no contexto de mercado oligopolistas, onde a fronteira entre o comportamento unilateral e a coordenação empresarial é por vezes difícil de demarcar, podendo estar na origem de erros de Tipo I ou de Tipo II, consoante a abordagem mais ou menos económica que se adote na sua avaliação⁶⁹⁵; este tema é particularmente sintomático da apreciação da distinção entre acordo e prática concertada na jurisprudência do Tribunal, donde resultam não apenas níveis distintos de distribuição do ónus probatório entre a Comissão e as empresas⁶⁹⁶, como uma

⁶⁹⁵ Ver, e.g., (KAPLOW, 2011b). Assim, e.g., Acórdão ICI, n.º 118: *“Embora seja permitido a cada produtor modificar livremente os seus preços e ter em consideração, para este efeito, o comportamento, actual ou previsível, dos seus concorrentes, é em contrapartida contrário à regras da concorrência do Tratado que um produtor coopere com os seus concorrentes, seja de que forma for, para determinar uma linha de acção coordenada relativa a um aumento de preços e para assegurar o seu êxito mediante a eliminação prévia de qualquer dúvida quanto ao comportamento recíproco relativo aos elementos essenciais desta acção, tais como nível, objeto, data e local dos aumentos”*; mais impressionante, o Acórdão T-Mobile, n.º 32-33: *“importa recordar que os critérios de coordenação e de cooperação constitutivos de uma prática concertada devem ser interpretados à luz da concepção inerente às disposições do Tratado relativas à concorrência, segundo a qual qualquer operador económico deve determinar de maneira autónoma a política que pretende seguir no mercado comum... e que se é exato que esta exigência de autonomia não exclui o direito dos operadores económicos de se adaptarem inteligentemente à actuação conhecida ou prevista dos seus concorrentes, opõe-se todavia rigorosamente a qualquer estabelecimento de contactos directos ou indirectos entre tais operadores, que possa quer influenciar a actuação no mercado de um concorrente actual ou potencial, quer permitir a esse concorrente descobrir a actuação que o outro ou os outros operadores decidiram adoptar ou planeiam adoptar nesse mercado, quando esses contactos tenham por objetivo ou efeito originar condições de concorrência que não correspondem às condições normais do mercado em causa, atendendo à natureza dos produtos ou das prestações fornecidas, à importância e ao número das empresas e ao volume do referido mercado”*. No segundo destes arestos, o Tribunal expressa uma apreciação substantiva do critério da autonomia empresarial, propondo uma aceitação da adaptação inteligente ao comportamento dos concorrentes, em tudo compatível com a apreciação da interdependência oligopolista, como conduta razoável de mercado, colocando a tónica da apreciação do comportamento restritivo nos contactos e no teor dos contactos entre concorrentes, que devem ser apreciados no concreto contexto económico e jurídico da prática.

⁶⁹⁶ A este título, veja-se a posição definida pelo Tribunal de Justiça nos seguintes arestos: Acórdão de 25.1.2007, *Sumitomo Metal e Nippon Steel c. Comissão*, proc. apensos C-403/04 P e C-405/04 P, EU:C:2007:52, adiante ‘Acórdão Sumitomo’; Acórdão de 19.12.2013, *Siemens, Mitsubishi e Toshiba c. Comissão*, proc. apensos C-239/11 P, C-489/11 P e C-498/11 P, EU:C:2013:866, adiante ‘Acórdão Siemens’; Acórdão de 20.1.2016, *Toshiba c. Comissão*, proc. C-373/14 P, EU:C:2016:26,

apreciação substantivamente diferenciada entre os elementos constitutivos do *plano de ação comum* inerente ao conceito de acordo⁶⁹⁷, e a dicotomia entre os elementos de coordenação e de comportamento no mercado necessários para a identificação de uma prática concertada.

Com efeito, o Tribunal de Justiça, tendo determinado que as disposições do Tratado relativas à concorrência assentam na noção de que cada operador económico deve determinar, de forma independente, a política que pretende seguir no mercado, opondo-se por isso a qualquer forma de coordenação de

adiante ‘Acórdão *Toshiba*’. Estes arestos, que seguem na linha da jurisprudência definida no Acórdão de 31.3.1993, *A. Ahlström Osakeyhtiö e o. C. Comissão*, proc. apensos C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85 e C-125-129/85, EU:C:1993:120, adiante, ‘Acórdão *Ahlström*, relativamente à desnecessidade de se avaliar a relevância de explicações alternativas para o comportamento identificado, *quando a demais prova em que assenta a decisão da Comissão é consistente com a existência de uma prática concertada*; a argumentação relativa à existência de uma explicação alternativa – e a obrigação da Comissão verificar a sua razoabilidade – apenas é admissível quando não exista tal prova.

⁶⁹⁷ Independentemente da existência de uma convenção ou contrato vinculativo para as empresas envolvidas. Ver, e.g., Acórdão do Tribunal Geral de 17.12.1991, *SA Hercules Chemicals NV c. Comissão*, proc. T-7/89, EU:T:1991:75, n.º 256: “O Tribunal conclui que, resultando da jurisprudência do Tribunal de Justiça que, para existir acordo na aceção do artigo (101.º, n.º 1 TFUE), basta que as empresas em causa tenham expresso a sua vontade comum de se comportarem no mercado de uma forma determinada... a Comissão tinha base legal para qualificar como acordos na aceção do artigo (101.º, n.º 1 TFUE) a convergência de vontades entre a recorrente e outros produtores de polipropileno de que fez prova bastante”. Ver, igualmente, a decisão da Comissão que está na origem deste aresto, Decisão da Comissão de 23.4.1986, *Polipropileno*, proc. IV/31.149, JO L 230, p.1, n.º 81: “A Comissão considera que todo o conjunto de esquemas e de disposições adoptados no âmbito de um sistema de reuniões periódicas e institucionalizadas, constituiu um acordo único e contínuo na aceção do n.º 1 do artigo (101.º). Para que uma restrição constitua um «acordo» no sentido do n.º 1 do artigo (101.º), não é necessário que tencione vincular as partes. Um acordo existe, se as partes chegam a um consenso sobre um plano que limita ou é suscetível de limitar a sua liberdade comercial através da determinação de linhas de ação mútuas ou de abstenção no mercado. Não são necessárias quaisquer sanções contratuais ou processos de coacção. Nem é necessário que esse acordo seja feito por escrito. No caso em apreço, os produtores, ao subscreverem um plano comum com vista a regular os preços e os fornecimentos no mercado do polipropileno, participaram num esquema geral de acordo que se traduziu numa série de subacordos mais detalhados elaborados periodicamente.”, e n.º 86: “A Comissão considera que a prática do cartel, ao basear-se num plano comum e detalhado, constituiu um «acordo» na aceção do n.º 1 do artigo (101.º)”. Ver, ainda a Decisão da Comissão de 27.7.1994, *PVC*, proc. IV/31.865, JO L 239, de 14.9.1994, p. 15, n.º 30: “Na aceção do artigo (101.º), pode existir um ‘acordo’ nos casos em que as partes chegam a um consenso sobre um plano que limita ou é suscetível de limitar a sua liberdade comercial através da determinação das linhas de ação mútuas ou de abstenção de ação no mercado, não sendo exigidos procedimentos de execução compulsória eventualmente previsíveis num contrato de direito civil, nem sendo necessário que tal acordo tenha forma escrita”.

comportamentos que, sem ter sido levada ao ponto de realização de um acordo, substitua os riscos da concorrência por uma cooperação prática entre as empresas⁶⁹⁸, definindo para o efeito um conceito de cooperação que assenta na existência de quaisquer contactos entre as empresas que sejam suscetíveis de influenciar o comportamento no mercado dos seus concorrentes⁶⁹⁹, e que se distingue da noção de comportamento adotado no mercado, o qual pode ser presumido⁷⁰⁰; finalmente, no conceito de *decisão de associação de empresas*, haverá que assumir que a abordagem funcionalista ao que sejam uma *decisão* e

⁶⁹⁸ Ver Acórdãos *Suiker Unie*, n.º 26, e *Anic*, n.º 115.

⁶⁹⁹ Ver Acórdãos *Suiker Unie*, n.º 174 e *Anic*, n.º 117.

⁷⁰⁰ Como refere (MOURA E SILVA, 2007, p. 42), “*é aqui que reside o elemento que distingue entre formas de conluio abrangidas pela proibição do n.º 1 do artigo 81.º e comportamentos unilaterais que escapam ao seu alcance*”. Trata-se, pois, da necessidade de demonstrar a adopção de um comportamento no mercado causalmente relacionado com a concertação. Ora, como o Tribunal de Justiça conclui no Acórdão *Anic*, haverá que presumir que as empresas que participaram na concertação e que continuam activas no mercado terão necessariamente em consideração na condução da sua política no mercado as informações que trocaram com os seus concorrentes (n.ºs 118 e 121). Com esta presunção ilidível (a *presunção Anic*), o Tribunal de Justiça aproveita para esclarecer que as práticas concertadas podem ser contrárias ao artigo 101.º, n.º 1 pelo seu objeto, independentemente da demonstração de um efeito restritivo ou de um comportamento no mercado, que é presumido. Assim, após concluir no n.º 121 pela presunção segundo a qual “*sem prejuízo da prova em contrário que aos operadores interessados cabe fazer, que as empresas que participam na concertação e que continuam activas no mercado levam em linha de conta as informações que trocaram com os seus concorrentes para determinar o seu comportamento no mercado*”, adianta (n.º 122-124) o seguinte: “*por outro lado, uma prática concertada como a supra referida cabe no âmbito do artigo (101.º, n.º 1) mesmo que não se verifiquem efeitos anticoncorrenciais no mercado. Antes do mais, do próprio texto da decisão decorre que, como no caso dos acordos entre empresas e das decisões de associações de empresas, as práticas concertadas são proibidas, independentemente dos efeitos, se tiverem um objeto anticoncorrencial. Em seguida, embora a própria noção de prática concertada pressuponha, da parte das empresas participantes, um comportamento no mercado, não implica necessariamente que esse comportamento produza o efeito concreto de restringir, impedir ou falsear a concorrência*”. Ver, igualmente, o Acórdão *Hüls*, n.º 161-162: “*quanto à noção de prática concertada, que, como resulta dos próprios termos do artigo 85.º, n.º 1, do Tratado, esta implica, para além da concertação entre as empresas, um comportamento no mercado que seja consequente com essa concertação e um nexo de causalidade entre esses dois elementos. Todavia, há que presumir, sem prejuízo da prova em contrário que cabe aos operadores interessados apresentar, que as empresas que participam na concertação e que estão activas no mercado atendem às informações trocadas com os seus concorrentes para determinar o seu comportamento nesse mercado*”. Ver, igualmente, (ANTUNES, 1991; ODUDU, 2011).

uma *associação* pode suscitar interessantes questões de enquadramento dogmático no âmbito de aplicação das regras do Tratado⁷⁰¹.

Quanto ao conceito de empresa, encontramos um elemento nuclear da aplicação do Direito europeu da concorrência, com relevância *e.g.* para a aplicação das regras relativas a cooperações empresariais, condutas unilaterais e concentrações.

No que respeita aos elementos objetivos da cooperação, a definição dos fatores reveladores da coordenação empresarial proibida pelo artigo 101.º revela igualmente a intensidade da avaliação do comportamento coordenado entre empresas concorrentes, comparada com a abordagem das condutas unilaterais, proibidas apenas no caso de se identificar uma posição dominante e um comportamento abusivo⁷⁰², nos termos do qual os tipos de comportamento identificados no artigo 101.º, n.º 1 TFUE devem ser entendidos como manifestações não exclusivas de coordenação empresarial que se podem distinguir pela distinta intensidade das suas manifestações concretas e pelas formas como se identificam⁷⁰³.

Elemento fundamental na aplicação das regras de concorrência do Tratado, e na ausência de uma definição legal no Direito primário⁷⁰⁴, o conceito de empresa foi desenvolvido pela jurisprudência do Tribunal, numa abordagem *funcionalista e relativa*, na qual são revelados os elementos materiais ou substantivos da atividade económica subjacente, à luz da qual a natureza jurídica

⁷⁰¹ Matéria que abordámos em (FERREIRA, 2011).

⁷⁰² Ver, *e.g.*, (JONES, 2012).

⁷⁰³ Ver, *e.g.*, Acórdão *Anic*, n.º 131.

⁷⁰⁴ Confronte-se com o artigo 80.º do Tratado CEEA: “*para efeitos do disposto no presente Tratado, consideram-se ‘empresas’ as que exerçam uma actividade de produção no domínio do carvão e do aço nos territórios referidos no primeiro parágrafo do artigo 79.º; consideram-se ainda ‘empresas’, no que respeita aos artigos 65.º e 66.º, bem como às informações exigidas para a sua aplicação e aos recursos interpostos nos termos das mesmas disposições, as empresas ou organizações que exercem habitualmente uma actividade de distribuição que não seja a venda aos consumidores domésticos ou ao artesanato*”.

e o modo de financiamento, designadamente, a natureza coletiva ou individual, pública ou privada⁷⁰⁵, da realidade económica sobre a qual incidirá a análise, não são considerados elementos determinantes da qualificação⁷⁰⁶; com efeito, o enquadramento dos factos em análise dependerá outrossim da natureza da atividade desenvolvida no âmbito da qual se identificam potenciais restrições concorrenciais⁷⁰⁷, sendo igualmente irrelevante que a empresa seja afinal apenas uma pessoa singular ou um conjunto de pessoas singulares e coletivas, desde que se apresente como uma *unidade económica*⁷⁰⁸.

Uma abordagem *funcionalista*⁷⁰⁹, porque os elementos fundamentais da definição residem na identificação das funções desenvolvidas, e não na natureza

⁷⁰⁵ Ver, todavia, (ODUDU, 2006, p. 45 e ss.), que chama à atenção para a existência de uma linha de demarcação (“esfera de atribuição”) entre actividades públicas e privadas que perpassa o Tratado que justifica esta abordagem funcionalista e, simultaneamente chama à colação para a necessidade de distinguir o âmbito de aplicação das regras pela natureza da actividade desenvolvida. Assim, o Tribunal, mantendo a coerência da abordagem funcionalista do Acórdão de 23.4.1991, *Klaus Höfner e Fritz Elser c. Macroton GmbH*, proc. C-41/90, EU:C:1991:161, adiante, ‘Acórdão Höfner’, acrescerá à conceptualização de empresa para efeitos de aplicação do artigo 101.º, o desenvolvimento do conceito de actividade económica como a oferta de bens e serviços em qualquer mercado (cfr. Acórdão *Pavlov*, n.º 21), e excluindo do conceito o exercício de poderes de autoridade pública ou de regulação (acórdão *Wouters*, n.º 57).

⁷⁰⁶ Ver, em geral, (FAULL et al., 2014; JONES, 2012; JONES & SUFRIN, 2011, p. 124 e ss.; LOURI, 2002; ODUDU, 2006, p. 23 e ss.; WHISH & BAILEY, 2012, p. 83 e ss.; W. P. J. WILS, 2000).

⁷⁰⁷ A qual não terá necessariamente de constituir a principal ou exclusiva actividade da entidade em causa. A natureza relativa da definição proposta assenta na necessidade de se avaliar autonomamente cada caso concreto, de acordo com as suas particularidades. Como tal, o conceito de empresa adoptado pelo Tribunal é, no essencial, um conceito aberto, nos termos do qual uma entidade pode ser considerada uma empresa quando desenvolve determinadas actividades económicas, mas não quando desenvolve outras. Ver, e.g., Acórdão de 26.3.2009, *SELEX c. Comissão*, proc. C-113/07 P, EU:C:2009:191.

⁷⁰⁸ Ver, e.g., Acórdão do Tribunal Geral de 14.5.1998, *Mo Och Domsjö c. Comissão*, proc. T-352/94, EU:T:1998:103, n.º 87; Acórdão de 20.1.2011, *General Química c. Comissão*, proc. C-90/09 P, EU:C:2011:21, n.º 34-36 e Acórdão de 12.7.1984, *Hydrotherm Gerätebau c. Compact*, proc. 170/83, EU:C:1984:271, n.º 11.

⁷⁰⁹ Por oposição a uma noção *institucionalista*. Ver, e.g., (ODUDU, 2006, pp. 24-25), e conclusões do Advogado-geral Jacobs, de 22.5.2003, *AOK Bundesverband e o.* (EU:C:2003:304), n.º 25: “a respeito do estatuto das caixas de assistência na doença, a posição do Tribunal de Justiça quanto à questão de saber se uma determinada entidade é uma empresa na acepção das regras comunitárias da concorrência pode ser definida como funcional, porquanto se baseia mais no tipo de actividade exercida do que nas características dos sujeitos que a exercem, nos objetos sociais ou nas disposições legais ou estatutárias a que está sujeita num determinado Estado-Membro. Desde que

ou identidade dos agentes⁷¹⁰, colocando a tónica elementar na atividade e, em especial, no conceito de *atividade económica*, nos termos da qual estará sujeita ao regime da concorrência qualquer entidade que, independentemente do seu estatuto jurídico e da generalidade das atividades que desenvolva, desempenhe no caso concreto uma atividade que consista na oferta de bens e serviços num determinado mercado⁷¹¹, ou pelo menos, uma atividade que seja suscetível de ser desempenhada com o objetivo de obtenção do lucro⁷¹².

Mas, também, uma abordagem *relativa*, já que uma dada entidade pode ser encarada como uma empresa em relação a uma parte das suas atividades, ficando as demais ao abrigo das regras da concorrência⁷¹³.

uma atividade seja de natureza económica, os que a exercem ficarão sujeitos ao direito comunitário da concorrência”.

⁷¹⁰ Ver, e.g., Acórdão *Höfner*, n.º 21: “*deve esclarecer-se, a este respeito, que no âmbito do direito da concorrência, o conceito da empresa abrange qualquer entidade que exerça uma atividade económica, independentemente do seu estatuto jurídico e modo de funcionamento.*” Uma nota adicional para referir que a versão em língua portuguesa do aresto optou por traduzir a expressão *Art ihrer Finanzierung* na redação original em língua alemã por “modo de funcionamento”; tanto as versões inglesa (“*the way in which it is financed*”), como francesa (“*mode de financement*”), apresentam-se mais coerentes com a versão da língua em que o aresto foi proferido.

⁷¹¹ Ver em especial, o Acórdão de 25.10.2001, *Firma Ambulanz Glöckner*, proc. C-475/99, EU:C:2001:577, n.º 19, adiante, ‘Acórdão *Ambulanz Glöckner*’, o Acórdão de 18.6.1998, *Comissão c. Itália*, proc. C-35/96, EU:C:1998:303, n.º 36, o Acórdão de 11.7.2006, *FENIN c. Comissão*, proc. C-205/03, EU:C:2006:453, n.º 25, C-180/98, adiante, ‘Acórdão *FENIN*’, e o Acórdão de 12.9.2000, *Pavel Pavlov e o. c. Comissão*, proc. apensos C-180 a 184/98, EU:C:2000:428, adiante, ‘Acórdão *Pavel Pavlov*’, n.º 75.

⁷¹² Ver o Acórdão *Albany International*, e as conclusões do Advogado-geral Jacobs proferidas a 28.1.1999 no mesmo processo (EU:C:1999:28), em esp. n.º 311, bem como o Acórdão *Pavlov*, n.º 201 e, *a contrario*, o Acórdão *Wouters*, n.º 57. A suscetibilidade de obtenção do lucro não implica que a atividade económica em causa seja lucrativa, ou que a entidade que a prossegue o faça com esse intuito. Ver, neste sentido, o Acórdão *IAZ*, n.º 57, e Acórdão *Albany International*, n.º 85.

⁷¹³ Ver, e.g., as conclusões 17.5.2001 do Advogado-geral Jacobs no processo *Ambulanz Glöckner*, (EU:C:2001:284), n.º 71. Ver, igualmente, o Acórdão de 1.7.2008, *MOTOE c. Elliniko Dimosio*, proc. C-49/07, EU:C:2008:376, n.º 25: “*a qualificação de atividade abrangida pelo exercício das prerrogativas de autoridade pública ou de atividade económica deve ser feita separadamente para cada atividade exercida por uma dada entidade*”.

A operação de qualificação de uma determinada realidade económica como empresa para efeitos de aplicação das regras de concorrência, é, não obstante, crucial, seja ao nível do artigo 101.º ou 102.º. Como refere o Advogado-geral Jacobs nas suas conclusões ao acórdão *Albany International*, “o conceito de ‘empresa’ serve um duplo propósito. Por um lado – e esta é a função mais óbvia – torna possível determinar as categorias de agentes às quais se aplicam as regras de concorrência. Esta questão coloca-se, por exemplo, em casos que envolvam organismos públicos. O teste, em tais casos, consiste em saber se o operador exerce uma atividade de carácter económico ou comercial. Por outro lado, serve para identificar a entidade à qual se poderá imputar determinado comportamento”⁷¹⁴.

Na delimitação do conceito de empresa para efeitos de aplicação do artigo 101.º, o Tribunal é confrontado com uma multiplicidade de formas de organização económica, de natureza pública ou privada, que no exercício das suas atividades poderão (ou deverão) estar sujeitas às regras de concorrência, mas que, noutras situações, poderão ser objeto de um juízo de aplicação negativo.

Assim, este conceito assenta na identificação de um elemento subjetivo que consista na existência de uma estrutura de meios (designadamente, dos recursos físicos, materiais e humanos necessários ou adequados ao desenvolvimento de uma determinada atividade), organizada para a realização de uma determinada atividade económica e com autonomia decisória. Com efeito, a independência ou autonomia decisória da unidade económica constitui um elemento essencial, e diretamente relacionado com a noção de concorrência subjacente na jurisprudência do Tribunal, nos termos da qual “qualquer operador económico deve determinar de maneira autónoma a política que pretende seguir no mercado comum, incluindo a escolha dos destinatários das suas ofertas e das

⁷¹⁴ Ver as conclusões do Advogado-geral Jacobs no processo *Albany International*, n.º 206. Esta bifurcação foi igualmente retomada pela Advogada-geral J. Kokott nas suas conclusões de 3.7.2007, em *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato c. Ente Tabacchi italiani – ETI SpA*, (EU:C:2007:404), n.º 68-69.

suas vendas”⁷¹⁵. Esta conceção de concorrência implica que o âmbito de aplicação do artigo 101.^o se determine pela identificação de pelo menos duas empresas atuando no mercado⁷¹⁶.

Nestes termos, o Tribunal acaba por adotar uma forma de juízo de razoabilidade⁷¹⁷, que tem em conta em objetivos da proibição e a natureza das atividades desenvolvidas pelos agentes que podem ser abrangidos pelo campo de aplicação das regras do Tratado, ponderando por um lado os interesses subjacentes à previsão de um regime que garante a concorrência no mercado interno, com outros objetivos e regras do Tratado.

Com efeito, a delimitação jurisdicional do que é uma restrição da concorrência depende, necessariamente, da submissão do autor da restrição às regras de concorrência, o que não sucede quando a atividade em causa revela o exercício de poderes públicos ou uma atividade não económica de solidariedade ou relacionada com direitos sociais⁷¹⁸.

⁷¹⁵ Ver Acórdão *Suiker Unie*, n.º 173.

⁷¹⁶ Ver (ODUDU & BAILEY, 2014, p. 1726). Ver, igualmente, o Acórdão do Tribunal Geral de 10.3.1992, *Shell International Chemical Company c. Comissão*, proc. T-11/89, EU:T:1992:33, n.º 311: “o Tribunal considera que, ao proibir as empresas, nomeadamente, de celebrarem acordos ou de participarem em práticas concertadas susceptíveis de afectar o comércio entre Estados-membros e que tenham por objetivo ou efeito impedir, restringir ou falsear o jogo da concorrência no interior do mercado comum, o n.º 1 do artigo (101.º) dirige-se a entidade económicas constituídas cada uma por uma organização unitária de elementos pessoais, materiais e incorpóreos que prossegue, de forma duradoura, um objetivo económico determinado, organização esta que pode concorrer para a prática de uma das infrações previstas nesta disposição”.

⁷¹⁷ Atenção, contudo, que não apelamos aqui a uma qualquer forma de *rule of reason* idêntica à que se encontra no Direito *antitrust* norte-americano, mas apenas uma precompreensão de natureza idêntica à que subjaz a essa *rule of reason*, a de que, como refere o Juiz Brandeis, qualquer forma de acordo entre concorrentes é necessariamente uma restrição da concorrência. O que está em causa é, tão-somente, a ponderação de diversos elementos textuais e contextuais que permitem, por um lado, uma interpretação funcionalista do conceito de “empresa” e, por outro lado, a ponderação de outros interesses e objetivos inerentes ao Tratado.

⁷¹⁸ E que pode, por isso, influenciar a conclusão quanto à existência de uma restrição da concorrência. Ver, nesse sentido, a posição do Tribunal de Justiça no Acórdão *Wouters*.

Este é, aliás, um dos domínios mais relevantes subjacentes à definição funcionalista da noção de empresa para efeitos do Direito europeu da concorrência; com efeito, a atuação pública, quer no domínio da atividade regulatório como na prestação de bens e serviços públicos, pode implicar restrições de concorrência. A questão está, portanto, em saber, quando é que uma entidade pública (ou uma entidade privada no exercício de funções públicas), pode ser considerada uma “empresa” para efeitos de aplicação das regras do Tratado. Subjacente a esta questão está, na perspetiva de ODUDU⁷¹⁹, uma referência às diferentes esferas de atribuição do Tratado, na partilha de objetivos inerentes à definição, no Tratado, de regras destinadas aos Estados e regras destinadas (ou diretamente aplicáveis aos particulares), e que encontra particular campo de aplicação no regime de concorrência.

Com efeito, se por um lado as regras de concorrência do Tratado respeitam a comportamentos empresariais, sendo, portanto, diretamente aplicáveis e invocáveis perante particulares, por outro lado, estas regras servem um propósito diretamente relacionado com o objetivo da integração, igualmente invocáveis contra manifestações de autoridade pública que ponham em causa o efeito útil da previsão de um regime que salvaguarda a concorrência no mercado interno⁷²⁰.

⁷¹⁹ Ver (ODUDU, 2006, p. 50 e ss.).

⁷²⁰ Ver, em especial, o Acórdão de 16.11.1977, *SA GB Inno BM c. ATAB*, proc. 13/77, EU:C:1977:185, n.º 31-33: “*se é verdade que o artigo (102.º) é dirigido às empresas, não é menos que o Tratado impõe aos Estados-membros que não adoptem ou mantenham em vigor medidas susceptíveis de eliminar o efeito útil dessa disposição... Do mesmo modo, os Estados-membros não adoptar medidas que permitam às empresas privadas furtarem-se às obrigações impostas pelos artigos (101.º e ss.) do Tratado*”. No essencial, esta jurisprudência, pelo efeito conjugado do actual artigo 4.º, n.º 3 TFUE e dos artigos 101.º e 102.º TFUE, determina que um Estado-Membro pode violar as suas obrigações decorrentes do Tratado se mantiver em vigor legislação que prejudique o efeito útil das regras de concorrência previstas no Tratado. Já nos referimos, na conclusão do segundo capítulo, à questão da doutrina da garantia do efeito útil, que impede a adopção de medidas nacionais que prejudiquem os objetivos do regime de defesa da concorrência da União. Esta doutrina seria, contudo, delimitada na sua abrangência potencial pelo Tribunal na sequência de um conjunto de três arestos proferidos em 17 de novembro de 1993, o Acórdão de 17.11.1993, *Processo-crime contra Wolf W. Meng*, proc. C-2/91, EU:C:1993:885, o Acórdão de 17.11.1993, *Gebrueder Reiff*, proc. C-185/91, EU:C:1993:886 e o Acórdão de 17.11.1993, *Processo-crime contra Ohra NV*, proc. C-245/91, EU:C:1993:887, e posteriormente confirmados (ver, e.g., o Acórdão de 19.2.2002, *Processo-crime c. Manuele*

O regime de concorrência tem por objeto regular o comportamento de empresas no âmbito das suas atividades económicas que consistam na oferta de bens ou serviços em mercado; a jurisprudência desenvolve e delimita o sentido desta noção, de forma a abranger todas as realidades nas quais se identifica uma atividade desta natureza, ainda que meramente potencial na sua dimensão económica, neste sentido abrangendo igualmente atividades desenvolvidas por entidades públicas, ou por entidades privadas que desenvolvem funções de autoridade pública, e apenas nesse contexto.

O segundo elemento relevante para o enquadramento subjetivo de uma determinada entidade no campo de aplicação do artigo 101.^o relaciona-se com a imputação de uma restrição de concorrência a *associações de empresas*.

Também aqui o intérprete é confrontado com uma abordagem ao conceito de *associação de empresas* que é igualmente modelada pela dimensão funcionalista e relativa que verificámos em relação ao conceito de *empresa*, estando diretamente relacionada com este⁷²¹.

O objetivo da proibição é o mesmo quer se trate de um acordo, de uma prática concertada ou de uma decisão de associação de empresas: garantir que os operadores económicos determinam livremente a sua atuação no mercado, na perspetiva *normativa* do princípio da autonomia ou liberdade empresarial, segundo o qual cada empresa deve determinar, autónoma e livremente, o seu posicionamento no mercado, evitando comportamentos bilaterais ou

Arduino, proc. C-35/99, EU:C:2002:97, adiante “Acórdão *Arduino*”), que restringiram o recurso à garantia do efeito útil a situações em que o Estado determina ou reforça situações restritivas da concorrência ou delega poderes regulatórios de impacto concorrencial (e.g. fixação de preços) a particulares; por outro lado, o facto de a medida de autoridade pública dar origem a efeitos semelhantes a um cartel também não pode ser considerado uma violação do dever de cooperação leal, a não ser que na origem dessa medida esteja uma restrição de concorrência. Para uma análise global desta questão, ver (SIERRA, 2014; WHISH & BAILEY, 2012, p. 216 e ss.). Uma perspetiva crítica da delimitação do Tribunal da doutrina do efeito útil nos acórdãos refefidos proferidos em novembro de 1993 pode ser encontrada em (REICH, 1994).

⁷²¹ Seguimos neste particular as nossas conclusões a este respeito em (FERREIRA, 2011).

multilaterais que implicam uma coordenação do comportamento concorrencial das empresas no mercado⁷²².

Assim, *“o conceito de associação de empresas assume uma função especial no artigo (101.º, n.º 1) do Tratado. Tem por objetivo evitar que as empresas possam furtar-se às regras da concorrência devido apenas à forma segundo a qual coordenam o seu comportamento no mercado. Para garantir a efetividade deste princípio, o artigo (101.º, n.º 1) abrange não apenas as modalidades diretas de coordenação de comportamentos entre empresas (os acordos e as práticas concertadas), mas também as formas institucionalizadas de cooperação, quer dizer, as situações em que os operadores económicos agem por intermédio de uma estrutura coletiva ou de um órgão comum”*⁷²³.

Note-se, todavia, que as associações de empresas não são sujeitas à aplicação do artigo 101.º enquanto empresas; quer isto dizer que o objetivo da norma, sendo o de garantir o efeito útil da proibição, não implica que as associações de empresas devam ser, elas próprias, *empresas*, para este efeito⁷²⁴. Este é um ponto particularmente relevante, porque a noção de associação de empresas para efeitos de aplicação das regras de concorrência do Tratado prescinde da identificação de uma atividade económica desenvolvida pela associação como condição prévia à sua sujeição às regras do Tratado. Com efeito, o princípio de concorrência a que as associações de empresas estão sujeitas implica uma consideração prévia, na perspetiva do Direito da concorrência, do grau de risco que uma proximidade institucionalizada entre empresas

⁷²² Ver, e.g., a Decisão da Comissão Europeia de 19.12.1990, *Solvay*, no proc. IV/33.133 B, JO L 152, de 15.6.1991, p. 16.

⁷²³ Ver, em especial, as conclusões do Advogado-geral Philippe Léger de 10.7.2001, em *Wouters* (EU:C:2001:390), n.º 62.

⁷²⁴ Embora possam igualmente ser tratadas como empresas, e não associações, atendendo à natureza da atividade por si desenvolvida que esteja a ser avaliada no quadro de aplicação das regras de concorrência.

concorrentes representa para o princípio da liberdade e autonomia empresarial⁷²⁵.

Neste quadro conceptual, importa reter que, tal como em relação ao conceito de empresa, o elemento nuclear operativo da qualificação é a existência de uma estrutura organizacional, institucionalizada ou não, autónoma das empresas que a constituem. Desde logo, o conceito de associação deve ser analisado concretamente, tendo em conta os objetivos e modo de atuação da entidade em causa, e não a forma ou estatuto jurídico que possa assumir, a sua natureza pública ou privada, a composição dos órgãos da sua estrutura ou outros, e independentemente do seu envolvimento direto em atividades económicas. Nestes termos, dependerá da verificação cumulativa de um elemento subjetivo, assente na reunião de um conjunto de *empresas*, e de um elemento objetivo, inerente à organização tendo por objetivo um fim comum⁷²⁶.

⁷²⁵ Ver, e.g., (OCDE, 2008, p. 8): *“trade associations remain by their very nature exposed to antitrust risks, despite their many pro-competitive aspects. Participation in trade and professional associations’ activities provide ample opportunities for companies in the same line of business to meet regularly and to discuss business objectives, bring together direct competitors and provide them with regular opportunities for exchange of views on the market, which could easily spill over into illegal coordination. Casual discussions of prices, quantities and future business strategies can lead to agreement or informal understandings in clear violation of antitrust rules. It is for this reason that trade associations and their activities are subject to close scrutiny by competition authorities around the world”*. Ver, igualmente, (BISHOP & WALKER, 2010, p. 173 e ss.).

⁷²⁶ Um dos pontos mais interessantes no tema da submissão de associações de empresas ao Direito da concorrência prende-se com as questões relacionadas com a organização de actividades profissionais liberais, onde as associações representativas de interesses dos profissionais têm normalmente funções disciplinares, deontológicas e regulatórias, devolvidas pelo Estado, onde a fronteira entre o que constitui uma decisão restritiva da concorrência (e.g., a fixação de preços) pode estar na fronteira do exercício de um poder de autoridade pública (a regulação para o exercício de uma actividade de interesse público), colocando a tónica na sujeição dessas entidades ao cumprimento das regras de concorrência. Esta questão, abordada, e.g., no Acórdão *Wouters*, acabaria por determinar uma delimitação negativa do âmbito de aplicação do artigo 101.º, n.º 1 através de uma avaliação concreta da proporcionalidade da restrição identificada com os fins e objetivos de interesse público que essa restrição pretende atingir. Ver, neste sentido, Acórdão *Wouters*, n.º 97: *“importa, todavia, sublinhar que qualquer acordo entre empresas ou qualquer decisão de uma associação de empresas que restrinja a liberdade de acção das partes ou de uma delas não fica necessariamente sob a alçada da proibição constante do artigo (101.º, n.º1) do Tratado. Com efeito, para efeitos da aplicação desta disposição a a um caso concreto, há que, antes de mais, atender ao contexto global em que a decisão da associação de empresas em causa foi tomada ou produziu os seus efeitos e, particularmente, aos seus objetivos, ligados, no caso em apreço, à necessidade de conceber regras de organização, de qualificação, de deontologia, de controlo e de responsabilidade, que dão a necessária garantia de*

A fronteira entre ambos os conceitos operativos do elemento subjetivo do artigo 101.º, n.º 1 nem sempre é clara e, à luz da finalidade da norma, não tem de o ser. O modo como a jurisprudência desenvolve o conceito de empresa ou de associação de empresas não é de molde a permitir a não sujeição ao âmbito de aplicação das regras atendendo à forma ou ao estatuto jurídico que determinada entidade assuma.

Daí a formulação do Advogado-geral Léger no processo *Wouters*, que citámos acima, nos termos da qual o artigo 101.º, n.º 1 TFUE, tendo por objetivo evitar que as empresas se possam furtar às regras da concorrência devido apenas à forma que adotam, *“abrange não apenas as modalidades diretas de coordenação de comportamentos entre empresas... mas também as formas institucionalizadas de cooperação, quer dizer, as situações em que os operadores económicos agem por intermédio de uma estrutura coletiva ou de um órgão comum”*⁷²⁷; resultando que o conceito de associação de empresas deva ser interpretado no sentido de abranger uma variedade de situações em que se identifica a tal *forma institucionalizada* de coordenação das condutas no mercado das empresas associadas, e se coloque o elemento indicativo essencial na coordenação, através da associação, dessa conduta.

Questão distinta resulta do enquadramento jurídico decorrente da identificação do elemento subjetivo. Assim, se tivermos em conta que o artigo 101.º, n.º 1 pretende apenas abranger condutas bilaterais ou multilaterais, a identificação de duas empresas ou de uma empresa será determinante para apurar se a conduta em causa deve ser avaliada ao abrigo do artigo 101.º ou do artigo 102.º, o que não é despiciendo quando o Tratado revela maior apreensão relativamente às práticas restritivas entre empresas, impondo pelo contrário a

integridade e experiência aos consumidores finais dos serviços jurídicos e à boa administração da justiça. Importa, em seguida, examinar se os efeitos restritivos da concorrência que daí decorrem são inerentes à prossecução dos referidos objetivos”. Voltaremos adiante a esta questão.

⁷²⁷ Conclusões do Advogado-geral Léger no processo *Wouters*, n.º 62.

identificação de um comportamento *abusivo* como elemento condicional da sanção de condutas unilaterais.

Mas, mesmo no âmbito da aplicação do artigo 101.º, a identificação de uma empresa ou de uma associação de empresas pode conduzir a resultados distintos.

Como referimos noutro lugar⁷²⁸, a determinação dos comportamentos imputáveis diretamente às empresas ou à associação dessas empresas não é uma operação que possa conduzir a resultados fungíveis, quando os requisitos de preenchimento da conduta típica são distintos, não obstante o objetivo da proibição e o modo expansivo como a mesma foi desenvolvida pelo Tribunal; dito de outro modo, pode não ser indiferente, na aplicação do artigo 101.º, qualificar uma entidade como empresa ou como associação de empresas, atendendo aos distintos elementos constitutivos das práticas proibidas e à imputação das mesmas ao respetivo agente⁷²⁹.

O âmbito da presente investigação não se presta a uma avaliação mais detalhada do conceito de empresa para efeitos de aplicação do artigo 101.º, n.º 1 TFUE, uma vez que é um dado apriorístico da determinação dos comportamentos empresariais que sejam considerados, no âmbito de aplicação do artigo 101.º, n.º 1 TFUE, restritivos da concorrência; partimos do pressuposto, portanto, que à nossa análise interessam apenas as manifestações

⁷²⁸ Ver (FERREIRA, 2011, p. 319).

⁷²⁹ Temática discutida com particular relevância no processo *MasterCard*. Ver o Acórdão do Tribunal Geral *MasterCard*, e, do Tribunal de Justiça, o Acórdão *MasterCard*. O Tribunal desconsiderou como elemento fundamental da identificação da MasterCard como associação de empresas a origem histórica desta entidade (como associação de empresas objeto, entretanto, de transformação em sociedade comercial), mas sim no modo concreto como esta funcionava no momento da adopção das decisões contestadas. O Tribunal elenca, outrossim, os elementos que considera relevantes na identificação de uma *forma institucionalizada de cooperação*. Assim, conclui que, não obstante o facto de a MasterCard ter sido constituída sob forma comercial, e tendo mesmo aberto o seu capital social através de uma oferta pública de venda, continuou a ser uma forma institucionalizada de coordenação do comportamento dos bancos, e portanto uma associação de empresas para efeitos do artigo 101.º, n.º 1.

de coordenação empresarial, de acordo com a integração dos conceito de “acordo” e “empresa” desenvolvida Tribunal de Justiça, procurando aqui ilustrar, ainda que perfunctoriamente, os principais elementos constitutivos destes conceitos e, igualmente, as questões que determinam a sua fluidez⁷³⁰.

1.2. A conceptualização do objetivo restritivo da concorrência no artigo 101.º, n.º 1

A noção de restrição da concorrência pelo objeto surge de tal forma inerente à aplicação do Direito europeu da concorrência aos acordos entre empresas, que a sua definição exata poderia antecipar-se claramente estabelecida pela jurisprudência do Tribunal de Justiça ou nos precedentes resultantes da prática decisória da Comissão Europeia.

Todavia, os exatos contornos do conceito permanecem numa zona de relativa incerteza e flutuação conceptual, designadamente no que respeita aos exatos contornos da distinção da restrição da concorrência pelo *objeto* ou pelo *efeito*, e o sentido útil a retirar da mesma.

⁷³⁰ Com particular interesse neste âmbito, o conceito de unidade económica, por tratar de comportamentos empresariais que, sendo adoptados por entidades que não são funcionalmente independentes entre si, não são sujeitas *qua tal* ao artigo 101.º, mesmo que, tratando-se de comportamentos adoptados por empresas (unidades económicas independentes), fossem considerados *prima facie* restritivos da concorrência; tratando-se de entidades dependentes, não se presume existir uma relação de concorrência. Notamos, todavia, que esta construção pode ser revertida, designadamente, se se determinarem que os elementos que, *a priori*, revelam uma unidade económica não se concretizam em termos práticos, sendo aquelas entidades geridas autonomamente, ou se se demonstrar que têm um elevado grau de autonomia entre si. Ver (JONES & SUFRIN, 2011, pp. 136-137); com efeito, para além da aplicação do artigo 101.º, a existência de uma única unidade económica pode igualmente ser relevante na determinação da responsabilidade da sociedade-mãe. Esta presunção de responsabilidade da sociedade-mãe pelas condutas de uma subsidiária controlada exclusivamente, consolidada no Acórdão de 10.9.2008, *Akzo Nobel e o. c. Comissão*, proc. C-97/08 P. EU:C:2009:536, foi reiterada recentemente, e.g., na Decisão da Comissão de 2.4.2014, proc. AT.39610, *Power cables*, JO C 319, de 17.9.2014, p. 10. Para maiores desenvolvimentos sobre a questão da responsabilidade parental (i.e., responsabilidade das sociedades-mãe pelas infrações jusconcorrenciais das suas subsidiárias no Direito europeu (e nacional) da concorrência, ver e.g. (JONES, 2012; ODUDU & BAILEY, 2014) e, entre nós, (PERESTRELO DE OLIVEIRA & SOUSA FERRO, 2010).

Esta incerteza não é de agora⁷³¹, nem o seu reconhecimento uma questão recente no Direito europeu da concorrência⁷³².

Com efeito, e desde cedo, a aplicação do artigo 101.º, n.º 1 foi confrontada por uma clara distinção entre uma posição formalista do conceito de restrição da concorrência pelo objeto, e uma corrente mais preocupada com uma *análise mais económica*, ou mais “razoável”, ao sentido útil da proibição do Tratado em relação aos acordos entre empresas⁷³³, e que em boa medida replica no Direito

⁷³¹ Um breve percurso, apenas pelos principais textos de referência no Direito europeu da concorrência, revela bem o problema e a sua dimensão, descobrindo a problemática essencial da definição clara do que possa ser uma restrição da concorrência pelo objeto. Assim, (BELLAMY & CHILD, 2013, p. 145 e ss.); (JONES & SUFRIN, 2014, p. 203 e ss.) e (WHISH & BAILEY, 2015, p. 123 e ss.). Como os últimos autores citados referem na 8.ª edição (de 2015) do seu *Competition Law*, “the still controversial topic of what constitutes a restriction of competition by object, a concept that, after more than 50 years of EU competition law, continues to be hotly debated” (ob. cit., loc. cit.).

⁷³² Recordemos (JOLIET, 1967). Sem prejuízo da sua defesa pela introdução de uma *rule of reason* na interpretação da proibição do artigo 101.º, n.º 1, o que o autor (e que viria, mais tarde, a distinguir-se como um dos mais marcantes juízes do Tribunal de Justiça) sublinha com maior pertinência é a necessidade de uma análise factual e do contexto em que se desenvolve cada uma das práticas à luz do artigo 101.º, n.º 1, e não a sua classificação automática ou formal em categorias pre-determinadas: “The European Court wants the Commission and the national courts to take a closer look at the actual effects on competitive conditions. It is no longer an abstract principle which can be applied mechanically, but an economic test which necessitates a case-by-case analysis” (ob. cit., p. 186).

⁷³³ Como refere o Advogado-geral Karl Roemer nas suas conclusões de 27.4.1966 em *Consten*, “os considerandos da decisão e as observações feitas no decurso do processo mostram que a Comissão se contentou em declarar que o acordo em questão tem por finalidade prejudicar a concorrência... Para aplicar o artigo 85.º, bastaria declarar que é esse o objetivo do acordo; e não seria necessário ter em consideração os seus efeitos concretos sobre o mercado” (p. 453). Nas suas conclusões aos processos *Société Technique Minière*, *Consten* e *Itália c. Conselho e Comissão*, Roemer defendeu uma abordagem económica à proibição do artigo 101.º, próxima da *rule of reason* do sistema norte-americano (mas expressamente declinando a sua importação para o sistema europeu), suportando-se na necessidade de ultrapassar a rigidez decorrente da separação “artificial” entre norma de proibição (n.º 1) e possibilidade de justificação (n.º 3), quando da análise do acordo resultasse um impacto pouco substancial sobre a concorrência. Como concluiria no mesmo local: “evidentemente que não pretendemos dizer que devemos imitar em todos os aspectos os princípios do processo americano em matéria de acordos. É exato que isso não se justificaria, porque existem diferenças essenciais entre os sistemas (proibição per se no direito americano; possibilidade de excepção segundo o artigo 85.º, n.º 3 do Tratado CEE). A referência que fizemos é no entanto útil, na medida em que demonstra que, também no que se refere ao artigo 85.º, n.º 1, não é possível dispensar a observação do mercado in concreto.... Mas sobretudo... seria artificial aplicar o artigo 85.º, n.º 1 com base em considerações puramente teóricas, a situações nas quais um exame mais

europeu discussão idêntica em torno do âmbito da proibição do *Sherman Act*, algumas décadas antes da adoção dos Tratados comunitários⁷³⁴.

Um conjunto de acórdãos do Tribunal de Justiça proferidos a partir de 2008 em *BIDS*⁷³⁵, *T-Mobile*⁷³⁶, *GlaxoSmithKline*⁷³⁷, *Premier League*⁷³⁸, *Pierre Fabre*⁷³⁹, *Allianz Hungaria*⁷⁴⁰, *MasterCard*⁷⁴¹ ou *Groupement des Cartes Bancaires*⁷⁴², revela a sua importância e a recorrência com que os Tribunais europeus são chamados a pronunciar-se sobre o conceito de restrição da concorrência pelo *objeto*, a sua distinção de uma análise de efeitos e as questões que suscita relativamente à articulação entre o artigo 101.º, n.º 1 e n.º 3, dão conta da importância nuclear do tema.

aprofundado demonstraria que não existe um prejuízo sensível da concorrência, para conceder então uma excepção com base no artigo 85.º, n.º 3” (p. 453-454).

⁷³⁴ E que está na origem da *rule of reason*. Assim, se em 1897 em *Trans-Missouri*, o Supremo Tribunal de Justiça entendia que “*the plain and ordinary meaning of such language is not limited to that kind of contract alone which is in unreasonable restraint of trade, but all contracts are included in such language, and no exception or limitation can be added without placing in the act that which has been omitted by Congress*” (cf. *United States v. Trans-Missouri Freight Ass’n*, 166 U.S. 290, 346, 1897, p.328), em 1911, em *Standard Oil*, já com o Juiz Douglass White como *Chief Justice*, o Supremo daria origem à aplicação “razoável” das regras *antitrust*: “*As the cases cannot, by any possible conception, be treated as authoritative without the certitude that reason was resorted to for the purpose of deciding them, it follows as a matter of course that it must have been held by the light of reason, since the conclusion could not have been otherwise reached, that the assailed contracts or agreements were within the general enumeration of the statute, and that their operation and effect brought about the restraint of trade which the statute prohibited*” (*Standard Oil Co. of New Jersey v. United States*, 221 U.S. 1, 64-65, 1911).

⁷³⁵ Ver Acórdão *BIDS*, de 20.11.2008, já citado.

⁷³⁶ Ver Acórdão *T-Mobile*, de 4.6.2009, já citado.

⁷³⁷ Ver Acórdão *GlaxoSmithKline*, de 6.10.2009, já citado.

⁷³⁸ Ver Acórdão *Premier League*, de 4.10.2011, já citado.

⁷³⁹ Ver Acórdão *Pierre Fabre*, de 13.10.2011, já citado.

⁷⁴⁰ Ver Acórdão *Allianz Hungária*, de 14.3.2013, já citado.

⁷⁴¹ Ver Acórdão *MasterCard*, de 11.9.2014, já citado.

⁷⁴² Ver Acórdão *Groupement des Cartes Bancaires*, de 11.9.2014, já citado.

Os esforços empreendidos pela doutrina na descrição e sistematização do conceito de restrição da concorrência pelo objeto, como resultado de esforços mais ou menos pedagógicos – assentes, portanto, em linhas mais expositivas ou descritivas das restrições da concorrência já identificadas na prática decisória e jurisprudencial como restrições da concorrência pelo objeto –, ou dogmáticos – procurando determinar os elementos essenciais à identificação de uma restrição da concorrência pelo objeto e sistematizá-los numa fórmula útil na definição de uma orientação geral – resulta numa dificuldade permanente em balizar adequadamente as linhas de interpretação e as consequências decorrentes de determinadas opções.

Assim, enquanto alguns autores entendem que a jurisprudência do Tribunal de Justiça revela apego a uma noção formal de restrição da concorrência que permite o recurso mecânico e abstrato ao conceito de *objeto restritivo*⁷⁴³, outros suportam a compatibilidade dessa mesma jurisprudência com a modernização do Direito da concorrência à luz de uma análise dos efeitos das práticas proibidas⁷⁴⁴.

A categorização de restrições da concorrência pelo objeto, como empreendida por Whish⁷⁴⁵, apresenta a vantagem de sistematizar um conjunto de práticas que o Tribunal de Justiça concluiu constituírem, *nas circunstâncias concretas dos casos julgados*, restrições da concorrência pelo objeto, mas apresenta sérias dificuldades, práticas e jurídicas, como orientação para casos futuros, por arriscar converter um instrumento essencialmente pedagógico numa construção dogmática que, metaforicamente, encerre numa caixa “fechada” as restrições da concorrência pelo objeto⁷⁴⁶.

⁷⁴³ Ver, e.g., (JONES, 2010b).

⁷⁴⁴ Ver, e.g., (ANDREANGELI, 2011b).

⁷⁴⁵ Fazemos referência à crescentemente popular “*object box*” que este autor expõe no seu manual *Competition Law*. Ver (WHISH & BAILEY, 2015, p. 123 e ss.).

⁷⁴⁶ Risco para que os próprios autores, aliás, alertam. Ver, assim, (WHISH & BAILEY, 2015, p. 129).

Como veremos adiante, o Tribunal de justiça define um conjunto de elementos que abundam na natureza *excecional* ou *restritiva* da qualificação de uma determinada conduta como uma restrição da concorrência pelo objeto, seja pela necessidade de demonstrar a *nocividade* da conduta, seja pela redundância (inerente à restrição manifesta da concorrência) de uma análise de efeitos no caso concreto; tal, todavia, não deve ser confundido com a definição de um universo *finito* de restrições da concorrência pelo objeto. É neste sentido que, em nossa opinião, deverá ser entendida a posição do Tribunal de Justiça no Acórdão *Groupement des Cartes Bancaires*, n.º 58: “foi erradamente que o Tribunal Geral considerou, no n.º 124 do acórdão recorrido, e depois no seu n.º 146, que o conceito de restrição da concorrência «por objetivo» não deve ser interpretado «de forma restritiva». Com efeito, sob pena de dispensar a Comissão do dever de provar os efeitos concretos no mercado de acordos em que não está demonstrado que sejam, pela sua natureza, prejudiciais ao bom funcionamento do jogo normal da concorrência, o conceito de restrição da concorrência «por objetivo» só pode ser aplicado a certos tipos de colusões entre empresas que revelem um grau suficiente de nocividade relativamente à concorrência para que se possa considerar que o exame dos seus efeitos não é necessário. A este propósito, é irrelevante a circunstância de que estes tipos de acordos previstos no artigo 81.º, n.º 1, CE não constituam uma lista taxativa de colusões proibidas.”

A identificação de comportamentos que, *pela sua própria natureza*, são restrições pelo seu objeto pode resultar no desenvolvimento de uma verdadeira *presunção* de infração⁷⁴⁷, que a jurisprudência na sua globalidade recusa aceitar, e que não se coaduna com a rejeição de proibições *per se* no Direito europeu da

⁷⁴⁷ Uma descrição mais próxima da concepção formal do conceito de restrição da concorrência pelo objeto, e mais alinhada pela posição da Comissão, pode ser encontrada em (FAULL et al., 2014, p. 235 e ss.); embora estes autores não deixem de apelar às nuances jurisprudenciais de que daremos conta a seguir (“However, no agreement is automatically restrictive by object; pursuant to established case law, agreements must be assessed in light of their content, their objectives, their legal and economic context, and the way they are actually implemented”, ob. cit., p. 236), acabam por recorrer a uma categorização apriorística das práticas que, na linha da posição assumida pela Comissão, designadamente nas suas Orientações relativas à aplicação do artigo 101.º, n.º 3, deixa pouca margem para a consideração de todos os contornos do comportamento empresarial no momento de determinação do âmbito de aplicação da proibição e da existência ou não de uma presunção de comportamento proibido, próximo da construção da proibição *per se*.

concorrência; também uma *abordagem mais económica*, embora matizada em diversos autores por uma maior ou menor aproximação à *rule of reason* e suas variantes do sistema norte-americano, encontra dificuldades quando se trata de suportar as suas conclusões com a jurisprudência e com a *medida* da análise económica (quando não dos *efeitos* que tal possa implicar) aceitável na interpretação do artigo 101.º, n.º 1, sem pôr em causa o sentido útil da distinção entre *objeto e efeito*, e da aplicabilidade do artigo 101.º, n.º 3⁷⁴⁸.

Muitas das dificuldades resultam de uma jurisprudência que não pode ser considerada unívoca e linear, em especial pela ambiguidade dos termos a que o Tribunal de Justiça recorre para se referir a este conceito: a qualquer passo da jurisprudência do Tribunal, o objeto restritivo da concorrência poderá ser o “*objeto do próprio acordo*”⁷⁴⁹; o seu “*propósito*”⁷⁵⁰; o seu “*objetivo*”⁷⁵¹, ou

⁷⁴⁸ Dificuldade evidente em muitos dos autores que apoiam uma maior densificação do conceito de restrição pelo objeto através da “análise dos efeitos” que subjaz à modernização do Direito europeu da concorrência. Ver, e.g., (GERARD, 2012). O problema, claro está, reside no esvaziamento da distinção entre restrição da concorrência pelo objeto ou pelo efeito (nuclear na interpretação do artigo 101.º, n.º 1 desde, pelo menos, o Acórdão *Société Technique Minière*), e no sentido útil do artigo 101.º, n.º 3; porque se é certo que podemos concordar com quem afirma que esta separação “artificial” é um dos pecados originais do Direito europeu, como refere (HAWK, 1995), não podemos deixar de procurar uma qualquer razão de ser para esta norma e para a sua aplicação nos casos concretos; assumindo, claramente, uma difícil demarcação entre o modo de aplicação de ambas as partes do artigo 101.º. Entre nós, ver (MORAIS, 2014, p. 529 e ss.).

⁷⁴⁹ Acórdão *Société Technique Minière*, p. 387: “O carácter não cumulativo mas alternativo deste requisito, indicado pela conjunção «ou», conduz, antes de mais, à necessidade de considerar o objeto do próprio acordo, tendo em conta o contexto económico no qual se integra”.

⁷⁵⁰ Acórdão IAZ, n.º 25: “Therefore, the purpose of the Agreement, regard being had to its terms, the legal and economic context in which it was concluded and the conduct of the parties, is appreciably to restrict competition within the common market, notwithstanding the fact that it also pursues the objective of protecting public health and reducing the cost of conformity checks. That finding is not invalidated by the fact that it has not been established that it was the intention of all the parties to the Agreement to restrict competition.”

⁷⁵¹ Acórdão CRAM, n.º 26: “In order to determine whether an agreement has as its object the restriction of competition, it is not necessary, to inquire which of the two contracting parties took the initiative in inserting any particular clause or to verify that the parties had a common intent at the time when the agreement was concluded. It is rather a question of examining the aims pursued by the agreement as such, in the light of the economic context in which the agreement is to be applied.”

confundir-se com a “*vontade*” das partes do acordo⁷⁵²; também a confusão – ou avaliação indiferenciada – do objeto e do efeito restritivo de determinada prática não contribui para a necessária concretização dos conceitos em confronto⁷⁵³, o mesmo se dizendo das diversas matizes e nuances na aplicação positiva e negativa do artigo 101.º que o Tribunal foi desenvolvendo ao longo do tempo⁷⁵⁴.

No presente capítulo analisamos a evolução do discurso jurisprudencial em torno do conceito de restrição da concorrência pelo objeto, identificando os traços gerais que permitem concluir por uma abordagem própria do Tribunal de Justiça ao conceito, e que emergem de uma análise aos mais significativos acórdãos do Tribunal sobre esta matéria, proferidos desde a década de 1960.

Para este efeito, identificamos três elementos que merecem consideração individualizada, e que serão analisados de seguida.

Em primeiro lugar, a necessidade de salvaguardar o sentido útil do artigo 101.º, impedindo a substituição do legislador pelo intérprete, muito embora se

⁷⁵² Acórdão de 15.7.1970, *ACF Chemiefarma NV c. Comissão*, 41/69, EU:C:1970:71, adiante “Acórdão *Chemiefarma*”, n.º 112: “*Este documento constitui, assim, a expressão fiel da vontade comum dos membros do acordo sobre o seu comportamento no mercado comum*”.

⁷⁵³ Ou seja, a imputação às empresas de uma infração que tem simultaneamente o objeto e o efeito de restringir a concorrência no mercado comum, não sendo depois evidente a metodologia empregue na verificação da infração correspondente à identificação de cada uma das categorias em causa. Ver, a este respeito, e.g., o Acórdão *Völk*, n.º 7-8: “*apenas se pode aplicar a proibição do n.º 1 do artigo 85.º na condição de o acordo em causa ter por objeto ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado comum*”; Acórdão *Gøttrup-Klim*, n.º 31-45; o Acórdão de 20.6.1978, *Tepea BV c. Comissão*, 28/77, EU:C:1978:133, adiante “Acórdão *Tepea*”, n.º 52-53; o Acórdão de 11.12.1980, *NV L'Oréal, Bruxelles, e SA L'Oréal, Paris c. PVBA 'De Nieuwe AMCK', Hoboken*, 31/80, EU:1980:289, adiante “Acórdão *L'Oréal*”, n.º 19-21; Acórdão de 25.10.1983, *Allgemeine Elektrizitäts-Gesellschaft AEG-Telefunken AG c. Comissão*, 107/82, EU:C:1983:293, adiante “Acórdão *AEG-Telefunken*”, n.º 42; e Acórdão de 12.12.1967, *SA Brasserie de Haecht c. Consorts Wilkin-Janssen*, 23/67, EU:C:1967:54, adiante “Acórdão *Brasserie de Haecht*”, p. 415.

⁷⁵⁴ Referimo-nos, designadamente, à delimitação negativa que o Tribunal de Justiça introduziu no âmbito de aplicação do artigo 101.º, n.º 1, relativamente a acordos de distribuição seletiva (em que a cláusulas de fixação de preços constituem um dos elementos necessários do contrato de distribuição), em arestos como o Acórdão *Brasserie de Haecht*, ou o Acórdão *Metro I*, ou na exclusão de determinadas restrições horizontais à luz de considerações de interesse público, no Acórdão *Wouters*.

deva admitir que o pensamento essencial do Tribunal de Justiça sobre a interpretação desta norma tenha sido moldada, no que à adjudicação de tarefas entre o n.º 1 (a identificação da restrição) e n.º 3 (a sua justificação) respeita, pelo quadro processual instituído pelo Regulamento 17/62, que reconhecendo efeito útil ao artigo 101.º, n.º 1, atribuía à Comissão a responsabilidade exclusiva pela aplicação do artigo 101.º, n.º 3⁷⁵⁵.

Em segundo lugar, a adoção, pelo Tribunal de Justiça, de uma interpretação funcionalista ao artigo 101.º, relativamente a todos os seus elementos constitutivos e, também, em relação aos conceitos de restrição da concorrência pelo objeto *ou* pelo efeito, convolvendo-se numa abordagem mais económica *avant la lettre* à interpretação do artigo 101.º, n.º 1 desde o Acórdão *Société Technique Minière*⁷⁵⁶.

Em terceiro lugar, à luz do que referimos no Capítulo 2, a articulação necessária entre o conceito de objeto restritivo da concorrência e o conceito de restrição da concorrência, e a sua ligação aos objetivos do Direito europeu da concorrência.

2. A SALVAGUARDA DO SENTIDO ÚTIL DA ESTRUTURA DO ARTIGO 101.º TFUE E A REJEIÇÃO DA REGRA DE RAZÃO

2.1. A origem das propostas por uma “interpretação mais razoável” do artigo 101.º, n.º 1

⁷⁵⁵ Note-se que ao abrigo do artigo 10.º do Regulamento 1/2003, apenas a Comissão pode declarar oficiosamente a inaplicabilidade do artigo 101.º, n.º 1 a um acordo, por não estarem preenchidas as condições do n.º 1 ou por estarem preenchidas as condições de isenção individual nos termos do artigo 101.º, n.º 3.

⁷⁵⁶ Uma abordagem *mais económica* no sentido de afastar uma avaliação abstrata do acordo, procurando antes determinar o seu objetivo no quadro real (o “*contexto económico e jurídico em que se insere*”), para efeitos de aplicação do artigo 101.º, n.º 1, mas que se afasta de uma abordagem mais económica aos objetivos da proibição, entendida como promovendo essencialmente o bem-estar do consumidor.

A conceptualização do que seja uma restrição da concorrência no Direito europeu da concorrência deve ter em linha de conta um diálogo institucional iniciado desde o início da aplicação dos Tratados, entre o Tribunal de Justiça e a Comissão, direta ou mediatamente.

Na apreciação da validade das decisões da Comissão em matéria de aplicação das regras do Tratado⁷⁵⁷, ou no confronto das opiniões desta no âmbito de pedidos de reenvio dos tribunais nacionais onde as regras do Tratado em matéria de concorrência são chamadas à colação no âmbito de conflitos nacionais⁷⁵⁸, a posição da Comissão sobre o que deveria ser considerado uma restrição da concorrência, e o modo como o Tribunal de Justiça foi aceitando ou inflitando essas pretensões molda, num processo dinâmico e nem sempre linear, o que é entendido (ou, sob pena de pretendermos concluir que existe um conceito unívoco de restrição), o que pode ser *atendível* como uma restrição da concorrência no Direito europeu.

Tal processo é *dinâmico*, porque o Tribunal de Justiça desenvolve o conceito de restrição da concorrência tendo por base as circunstâncias concretas dos casos que é chamado a julgar, no que estabelece uma dialética direta com a Comissão ou com os órgãos jurisdicionais nacionais de reenvio, implicando por isso em cada aresto uma elevada margem de circunstancialismo no modo como os princípios e orientações que vai desenvolvendo se aplicam na prática. Impondo, por isso mesmo, uma cautela adicional ao intérprete na análise e extração de conclusões e de linhas interpretativas genéricas sem se atentar, por um lado, aos factos concretos do caso (ou casos) que suportam tais conclusões e, por outro lado, aos princípios e orientações que se vão repetindo, como *leitmotiv*, na jurisprudência, e que devem moldar o modo como determinadas proclamações da jurisprudência, por vezes em *obiter dictum*, são percecionadas

⁷⁵⁷ Designadamente, no âmbito de recursos de anulação de decisões adotadas pela Comissão, ao abrigo do Regulamento 1/2003, nos termos do artigo 263.º TFUE

⁷⁵⁸ Ao abrigo do artigo 267.º TFUE.

como mudanças paradigmáticas, ou se limitam a consolidar ou confirmar princípios anteriores⁷⁵⁹.

⁷⁵⁹ Exemplo recente e ilustrativo do que acabamos de referir encontra-se no Acórdão *Expedia*. O Acórdão do Tribunal de Justiça foi proferido ao abrigo do artigo 267.º TFUE, no âmbito do recurso de impugnação judicial de uma decisão da ANC francesa (Decisão n.º 09-D-06, de 5.2.2009, *relativa a práticas restritivas da concorrência entre a SNCF e a Expedia Inc. no setor da venda de viagens através da internet*, disponível em <http://www.autoritedelaconcurrence.fr/pdf/avis/09d06.pdf>), que tinha por objeto a qualificação de um acordo de parceria entre a *Société nationale des chemins de fer français* (SNCF), e a plataforma de reservas e vendas de viagens na internet *Expedia*, através da criação de uma empresa comum (*voyages SNCF.com*) e do seu favorecimento na contratação de serviços de agência de viagens prestados para viagens de lazer, como uma restrição da concorrência proibida pelo artigo 101.º, n.º 1. De acordo com a decisão da ANC francesa, tal acordo constituía uma restrição da concorrência, pelo objeto e pelo efeito, entre as duas empresas concorrentes no mesmo mercado, em que ambas detinham mais de 10% de quota de mercado (ultrapassando, portanto, o limiar da Comunicação da Comissão *De Minimis*, de 2006, então em vigor). No âmbito do recurso judicial de impugnação da decisão sancionatória, a Expedia suscitou a eventual sobreavaliação das quotas de mercado da empresa comum pela ANC, matéria sobre a qual o tribunal de primeira instância (a *cour d'appel* de Paris), não se pronunciou; na *Cour de cassation*, perante a qual a Expedia recorreu do acórdão da *cour d'appel*, não se discutia a qualificação do acordo entre a SNCF e a Expedia como uma restrição da concorrência pelo objeto (de acordo com o órgão jurisdicional de reenvio), mas tão-só a questão de saber se os limiares de quotas de mercado instituídos pela Comunicação da Comissão *De Minimis* constituem uma presunção inilidível de falta de efeito sensível na concorrência. A questão prejudicial colocada pelo órgão jurisdicional de reenvio, nestes termos, limita-se a inquirir o Tribunal de Justiça no sentido de saber se o “artigo 101.º, n.º 1, [...] TFUE e o artigo 3.º, n.º 2, do Regulamento n.º 1/2003 devem ser interpretados no sentido de que se opõem a que uma prática de acordos, de decisões de associações de empresas ou de concertação que é suscetível de afetar o comércio entre os Estados-Membros, mas que não atinge os limiares fixados pela Comissão Europeia na sua comunicação [de minimis], seja objeto de um processo e punida por uma autoridade nacional da concorrência com o duplo fundamento do artigo 101.º, n.º 1, [...] TFUE e do direito nacional da concorrência?” (cf. Acórdão *Expedia*, n.º 13). Ou seja, tendo em conta a Comunicação *De Minimis*, e a jurisprudência traçada pelo Tribunal de Justiça a partir do Acórdão *Völk* (de 1969), nos termos da qual uma manifestação de coordenação empresarial apenas será capturada pelo âmbito de aplicação do artigo 101.º, n.º 1 se implicar um *prejuízo não negligenciável* para a concorrência, o tribunal de reenvio pergunta se um acordo, que seja susceptível de afetar o comércio entre Estados-Membros, mas que envolva empresas com posições de mercado abaixo do limiar *de minimis*, deve ser sancionado ao abrigo do artigo 101.º, n.º 1. Sem prejuízo das demais considerações tecidas pelo Tribunal de Justiça a este respeito, interessa-nos sobretudo o n.º 37 do aresto: após desenvolver os argumentos principais, designadamente, que na determinação do caráter sensível de uma restrição da concorrência, uma NCA pode ter em conta os limiares estabelecidos na Comunicação *De Minimis*, ainda que não seja obrigada a fazê-lo (n.º 31), e que não competia ao Tribunal de Justiça imiscuir-se na conclusão do órgão jurisdicional de reenvio quanto à existência de uma restrição da concorrência pelo objeto (n.º 34-36, em resposta a dúvidas suscitadas pela Expedia, pela Comissão e pelo Governo francês quanto à conclusão do tribunal de reenvio segundo a qual não era contestado que o “cartel” em causa teria um objetivo anticoncorrencial), o Tribunal de Justiça conclui que “um acordo suscetível de afetar o comércio entre os Estados-Membros e que tenha um objetivo anticoncorrencial constitui, pela sua natureza e independentemente de qualquer efeito concreto do mesmo, uma restrição sensível à concorrência” (n.º 37). Esta conclusão informa a leitura da resposta do Tribunal de Justiça à questão do órgão jurisdicional de reenvio, nos termos da qual “há que responder à questão submetida que o artigo 101.º, n.º 1, TFUE e o artigo 3.º, n.º 2, do Regulamento n.º 1/2003 devem ser interpretados no sentido de que não se opõem a que uma autoridade nacional em matéria de concorrência aplique o artigo 101.º, n.º 1, TFUE a um acordo entre empresas que seja suscetível de afetar o comércio entre Estados-Membros, mas que não atinja os limiares estabelecidos pela Comissão na sua comunicação de minimis, desde que esse acordo constitua uma restrição sensível da concorrência no sentido

Como tal, é também *não linear*, porque a natureza casuística – pela sua própria natureza – da jurisprudência do Tribunal implica, necessariamente, um contágio dos aspetos particulares do caso concreto no princípio ou orientação que se retira, para casos futuros, do modo como o Tribunal se pronuncia em determinada ocasião. Caberá ao intérprete retirar dessas pronúncias os temas, teses e sínteses que importará, no futuro, observar, mas também testemunhar como o Tribunal, perante o que considera poder ser um excesso de aplicação ou uma interpretação errada dos princípios e regras por si definidos, corrige, delimita ou repõe uma linha jurisprudencial previamente delineada.

Ao longo de várias décadas, na apreciação dos contornos dos mesmos conceitos presentes no artigo 101.º à luz das particularidades de cada caso, e como testemunha privilegiada do modo como a Comissão, enquanto *guardiã dos Tratados* e detentora do poder de definição da política de concorrência no mercado interno, vai circunscrevendo e moldando os objetivos do Direito europeu da concorrência e os contornos desses conceitos nucleares das normas

dessa disposição.” (n.º 38). Assim, lidos ambos os parágrafos 37 e 38 em conjunto, pode concluir-se que uma restrição da concorrência que seja susceptível afetar o comércio entre Estados-Membros presumir-se-á *também* uma restrição sensível da concorrência. Tal conclusão é tão mais relevante quando o Tribunal, no Acórdão *Völk* (contrariando, alias, as observações da Comissão a este respeito), introduz uma distinção entre a sensibilidade da afectação do comércio entre Estados e a sensibilidade da restrição da concorrência, resultando daqui dois planos de análise distintos. Tal distinção – pelo menos em relação às restrições da concorrência pelo objeto – parece desaparecer, quando se verifique uma afectação do comércio entre Estados-Membros. Ora, esta aparente reversão da jurisprudência *Völk* teve consequências, designadamente, na conformação da regra *De Minimis* pela Comissão. Com efeito, na sua revisão das orientações *De Minimis*, em 2014, a Comissão – citando o Acórdão *Expedia* – afastou do seu âmbito de aplicação as restrições da concorrência pelo objeto que afectem sensivelmente o comércio entre Estados-Membros, assumindo portanto que nestas circunstâncias uma qualquer coordenação empresarial será sempre uma *restrição sensível da concorrência*, não podendo beneficiar da Comunicação *De Minimis*. Esta reversão foi criticada – ver, e.g., (KING, 2015b) – por diminuir um dos elementos de apreciação económica das restrições da concorrência pelo objeto (a avaliação da sensibilidade da restrição apurada pela posição de mercado das empresas envolvidas), embora outros autores – assim, ver (ORTEGA GONZÁLEZ, 2013b) – contendam que o Acórdão *Expedia* segue estritamente a jurisprudência do Tribunal de Justiça no que respeita à *nocividade* inerente às restrições por objeto, pelo que a presunção de prejuízo não negligenciável de uma restrição da concorrência que afecte o comércio entre Estados-Membros é compatível com a jurisprudência *Völk*, nos termos da qual qualquer restrição deve causar um prejuízo não negligenciável para ser capturada pelo artigo 101.º, n.º1.

do Tratado⁷⁶⁰, vai definindo, ora positivamente, ora negativamente, as *margens* a que o intérprete se deve sujeitar na apreciação do que é uma restrição da concorrência, e do modo como esta deve ser entendida no Direito europeu da concorrência.

Aquele que, para nós, será o melhor exemplo dessa dialética encontra-se precisamente no objeto temático da nossa investigação: a definição do que é uma restrição da concorrência, e assim, das condutas empresariais cujo objeto é a restrição da concorrência.

Desde muito cedo o Tribunal de Justiça foi confrontado com duas correntes de opinião distintas: por um lado, a posição assumida essencialmente pela Comissão – e suportada na doutrina germânica contemporânea – quanto à aplicação do artigo 101.º, n.º 1 a qualquer forma de coordenação empresarial que implicasse a redução ou perda da liberdade de ação das empresas. Radicada na conceção ordoliberal do Direito da Concorrência como componente da constituição económica que garante a liberdade de empresa e a rivalidade como elemento fundamental do processo económico, esta conceção implica, essencialmente, que qualquer acordo entre duas empresas pode constituir uma restrição da concorrência.

Sendo esta a posição substantiva da Comissão, ela seria reforçada pela adoção do Regulamento 17/62 que, centralizando a verificação dos requisitos necessários à atribuição de uma isenção individual ao abrigo do artigo 101.º, n.º 3 na esfera de competências da Comissão, instituía um sistema de notificação prévia para todos os acordos que pudessem violar o n.º 1, mas que satisfariam em princípio as condições do n.º 3.

⁷⁶⁰ Mas também, no âmbito da aplicação descentralizada do Direito europeu da concorrência, pelas autoridades e tribunais nacionais.

Estes dois elementos, substantivo e processual, colocam na definição do que é uma restrição da concorrência e no debate que daí resulta o principal elemento orientador da aplicação das regras de defesa da concorrência.

Um dos objetivos da previsão das regras de defesa da concorrência no Tratado consiste na garantia da liberdade das empresas decidirem o modo como atuam no mercado ⁷⁶¹; se as empresas substituem essa liberdade pela coordenação de comportamentos com outras empresas – afetando a concorrência entre si ou com terceiros – impedindo a atuação plena do jogo concorrencial, violam o Tratado. O objeto da proteção – a concorrência que se pretende proteger – será, assim, a manutenção do ambiente concorrencial que resultaria da ausência do acordo, ou seja, a autonomia de ação das empresas envolvidas (ou de terceiros ao acordo) que existiria na ausência dessa coordenação⁷⁶². Mas, nem todas as restrições à autonomia individual de cada empresa em resultado de um acordo constituem uma infração do Tratado: apenas os acordos que tenham *por objeto ou efeito* restringir a concorrência serão proibidos.

É nestas condições que a sujeição da aplicação do artigo 101.º, n.º 1 a uma *regra de razão*, que impeça a sua aplicação a acordos que não têm um impacto negativo na concorrência, surge no discurso doutrinário como corrente de opinião que procura avaliar o impacto de cada prática no mercado como condição prévia da aplicação da proibição.

⁷⁶¹ Ver os já citados Acórdão *Suiker Unie*, n.º 173, Acórdão *Ahlström*, n.º 63, Acórdão *John Deere*, n.º 86 e, por todos, Acórdão *T-Mobile*, n.º 32: “importa recordar que os critérios de coordenação e de cooperação constitutivos de uma prática concertada devem ser interpretados à luz da concepção inerente às disposições do Tratado relativas à concorrência, segundo a qual qualquer operador económico deve determinar de maneira autónoma a política que pretende seguir no mercado comum”.

⁷⁶² Assim, (VAN HOUTTE, 1982, p. 21 e ss.) e (ORTIZ BLANCO, 2011, p. 21 e ss.).

Com efeito, o princípio da liberdade de empresa⁷⁶³, manteve-se como orientação fundamental subjacente à determinação do que é uma restrição da concorrência por parte da Comissão, nos termos da qual qualquer acordo pelo qual uma empresa renuncia à sua liberdade de atuação no mercado, ou liberdade de ação comercial, sacrificando-a uma ação coordenada, constitui uma restrição da concorrência, independentemente da posição das empresas envolvidas no mercado, da detenção de poder de mercado, da intenção subjacente à ação concertada ou à sua efetiva implementação ou consequência⁷⁶⁴.

⁷⁶³ A liberdade de empresa é um princípio geral de Direito da União Europeia, definido e concretizado pela jurisprudência do Tribunal de Justiça (ver. e.g., Acórdão de 14.5.1974, *Nold*, 4/73, EU:C:1974:51, n.º 14, e o Acórdão de 27.9.1979, *SPA Eridania e o.*, 230/78, EU:C:1979:216, n.º 20 e 31), e igualmente consagrado na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (cf. artigo 16.º).

⁷⁶⁴ Assim, ver, e.g., as seguintes decisões da Comissão (adotadas previamente à criação do Tribunal Geral): Decisão da Comissão Europeia de 5.12.1979, IV/29.011 (*coalho*), JO L 51/20, de 25.2.1980, n.º 22: *“the purchasing obligation, imposed on members of the Cooperative, which is enforced by threat of a fine and reinforced by other provisions of the rules which provide, in case of infringement, for expulsion from the Cooperative and payment of a sum which is proportionate to the average quantity of rennet purchased each year, appreciably restricts competition within the common market. Because of this obligation, the dairy cooperatives belonging to the Cooperative, which represent over 90% of the Netherlands dairy products industry, are prevented from purchasing rennet and colouring agents for cheese from other suppliers and are thus subject to a requirement to purchase the products exclusively from the Cooperative”*; Decisão da Comissão Europeia de 30.9.1986, IV/28.959 (*VIFKA*), JO L 291/46, de 15.10.1986, n.º 12: *“the exhibition rules in their present form have as their object or effect the restriction of competition within the common market in the following ways: (a) competition between manufacturers and importers of office equipment exhibiting at the ‘Efficiencybeurs’ is restricted or distorted in that, in the years when the VIFKA is holding the ‘Efficiencybeurs’, they are hindered in or prevented from, exhibiting and promoting their products to the trade and to the general public in competition with each other at any fair or exhibition not organized or approved by VIFKA; (b) competition between the organizers of exhibitions at which office equipment can be shown is restricted or distorted since they are hindered in, or prevented from, securing the participation of manufacturers and importers in years when the VIFKA is holding the ‘Efficiencybeurs’*; Decisão da Comissão de 19.7.1989, IV/31.499 (*Nederlandse Banken*), JO L 253/1, de 30.8.1989, n.º 21 (relativamente a um conjunto de regulamentações e acordos interbancários que, tendo sido notificados à Comissão para isenção, haviam sido entretanto abandonados pelas participantes à luz das objeções da Comissão): *“Na comunicação das objeções a Comissão tinha informado as partes em questão que as regulamentações acima mencionadas restringiam a concorrência e que não podiam beneficiar de uma isenção nos termos do n.º 3 do artigo 85.º. As regulamentações limitavam as possibilidades para as empresas em questão de – com base na sua situação de despesas e de rentabilidade própria e individual e utilizando as condições existentes no mercado – determinarem individualmente de modo independente no âmbito da gestão comercial própria os preços e as outras condições da prestação de serviços aos outros bancos e aos clientes”*.

Em conjugação com a obrigação de notificação prévia de acordos e práticas concertadas que resultava do Regulamento 17/62 (vigorando entre 1962 e 2004), a abordagem formalista da Comissão (“*todas as limitações da liberdade de ação empresarial constituem restrições da concorrência*”) ⁷⁶⁵, permitiu-lhe conquistar na génese formativa do Direito europeu da concorrência uma efetiva capacidade de intervenção e determinação dos moldes das relações negociais comerciais, tanto verticais como horizontais.

O amplo espectro de aplicação da proibição teve por resultado que a generalidade dos acordos que suscite qualquer questão de concorrência, ou de afetação do comércio entre Estados-Membros, fosse necessariamente notificado à Comissão⁷⁶⁶, que reservava para si o exclusivo da apreciação do preenchimento das condições de isenção individual do artigo 101.º, n.º 3⁷⁶⁷; com o tempo, a jurisprudência administrativa da Comissão resultante da sua prática decisória acabaria por definir um catálogo, progressivamente ampliado, das cláusulas ou condições negociais que seriam sempre consideradas restritivas da concorrência; das cláusulas que poderiam ser, em determinadas condições, proibidas; e das cláusulas que poderiam ser implementadas sem suscitar problemas de compatibilidade com o artigo 101.º ⁷⁶⁸.

⁷⁶⁵ Fortemente inspirado no Direito alemão da concorrência; com efeito, a *GWB* de 1958 em vigor à época, definia como restrição da concorrência qualquer limitação da liberdade de ação comercial das empresas (secção 1 da *GWB*). Ver (Lianos, 2007b, p. 633), e (GERBER, 1998, p. 276 e ss.).

⁷⁶⁶ Como refere (JONES, 2010a, p. 787), “*entangled within the difficulties of substantive interpretation was the enforcement structure*”.

⁷⁶⁷ Ao qual só seria reconhecido efeito direto por via do Regulamento 1/2003. Todavia, e como referimos anteriormente, esta atribuição exclusiva não resulta diretamente do Tratado, tendo sido instituído formalmente no Direito da União apenas pelo Regulamento 17/62. Ver, e.g., (FORRESTER & NORALL, 1984).

⁷⁶⁸ As designadas “restrições graves”, igualmente referidas como *cláusulas negras* ou restrições *hardcore*, as “cláusulas cinzentas” e finalmente, as “cláusulas brancas”, respetivamente. Ver, e.g., o artigo 4.º do Regulamento 330/2010, relativo à aplicação do artigo 101.º, n.º 3 a determinadas categorias de acordos verticais e práticas concertadas (Regulamento de Isenção por Categoria), bem como o n.º 47 da Comunicação da Comissão, Orientações relativas às restrições verticais: “*O Regulamento de Isenção por Categoria inclui no seu artigo 4.º uma lista de restrições graves que levam à exclusão da totalidade de um acordo vertical do seu âmbito de aplicação. Quando uma destas restrições graves é incluída num acordo, presume-se que o acordo é abrangido pelo artigo*

Tal prática decisória acabaria por ser codificada, não apenas nas decisões de isenção (ou de proibição) individuais, mas também nos regulamentos de isenção por categoria que, ainda na atualidade, mantêm a sua relevância na definição do quadro jurídico de atuação das empresas no Direito europeu (e nacional⁷⁶⁹) da concorrência⁷⁷⁰.

A invocação da *regra de razão* pelas empresas envolvidas em litígios privados, no âmbito dos primeiros processos de reenvio prejudicial ou em disputas com a Comissão no âmbito de recursos de anulação das suas decisões de proibição, mas também as posições assumidas por Roemer como Advogado-geral em tais processos⁷⁷¹, obrigou o Tribunal a assumir, progressivamente, uma

101.º, n.º 1. *Presume-se igualmente que é improvável que o acordo preencha as condições estabelecidas no artigo 101.º, n.º3, não sendo assim aplicável a isenção por categoria. Contudo, as empresas podem, num processo individual, demonstrar os efeitos pró-concorrenciais nos termos do artigo 101.º, n.º 3”.*

⁷⁶⁹ Ver, a este respeito, o Regulamento 1/2003, e em especial: o artigo 3.º, n.º 2: “a aplicação da legislação nacional em matéria de concorrência não pode levar à proibição de acordos, decisões de associação ou práticas concertadas susceptíveis de afectar o comércio entre os Estados-Membros mas que não restrinjam a concorrência na acepção do n.º 3 do artigo 81.º do Tratado, ou que reúnem as condições do n.º 3 do artigo 81.º do Tratado ou que se encontrem abrangidos por um regulamento de aplicação do n.º 3 do artigo 81.º do Tratado”; e o artigo 29.º, n.º 2: “se, num determinado processo, certos acordos, decisões de associações de empresas ou práticas concertadas abrangidos por um regulamento da Comissão referido no n.º 1 [regulamento de isenção por categoria], produzirem efeitos incompatíveis com o n.º 3 do artigo 81.º do Tratado no território de um Estado-Membro ou numa parte desse território que apresente todas as características de um mercado geográfico distinto, a autoridade desse Estado-Membro responsável em matéria de concorrência pode retirar o benefício da aplicação do regulamento em causa relativamente a esse território”, bem como, entre nós, as disposições reflexas constantes dos n.ºs 3 e 4 do artigo 10.º da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio.

⁷⁷⁰ Como nota (PETIT, 2013, p. 213), o número de cláusulas absolutamente proibidas foi sendo progressivamente reduzido. Em especial no domínio das restrições verticais, a revisão dos princípios aplicáveis e uma significativa orientação para uma *abordagem mais económica* encetada no Livro Verde de 1997 conduziu a uma revisão significativa do modelo até então seguido na definição das isenções por categoria e das cláusulas absolutamente proibidas.

⁷⁷¹ Ver, em especial, as seguintes conclusões do Advogado-geral Karl Roemer, onde é perceptível o afastamento da interpretação abstracta do artigo 101.º e sua aplicação ao caso em concreto, sem consideração dos elementos de facto pertinentes à apreciação substantiva do que é uma restrição da concorrência: conclusões de 22.3.1966, *Itália c. Conselho e Comissão*, 32/65, EU:C:1966:14, p. 505-506: “é certo que tudo isto não nos permite ainda uma apreciação definitiva sobre os contratos de exclusividade, os únicos que nos interessam; aliás, parece duvidoso que se possa chegar a esta

posição neste debate: o afastamento da *regra de razão* como instrumento admissível de interpretação do artigo 101.º, n.º 1 será fundado na própria estrutura do artigo 101.º e na necessidade de salvaguardar o seu sentido útil⁷⁷², mas não impede o Tribunal de adotar uma posição substantiva sobre o que é uma restrição da concorrência⁷⁷³, acabando por desenvolver uma metodologia

apreciação recorrendo-se apenas a considerações teóricas ou a trabalhos gerais de interpretação sem que se considere as possíveis repercussões sobre o mercado... da mesma maneira, aplica-se à tese do recorrente contra a qual se pode invocar o acórdão do Tribunal no processo Bosch. Neste acórdão, o Tribunal declara que a apreciação das proibições de exportação (cláusulas que se encontram em muitos contratos de exclusividade) à luz do n.º 1 do artigo 85.º exige um conhecimento preciso de todos os elementos de um acordo, isto significa sem dúvida que a mera interpretação das disposições do Tratado CEE não permite uma resposta abstracta e geral a questões deste género. Por conseguinte, é necessário examinar quais podem ser os particulares efeitos dos contratos de exclusividade, e qual o seu relevo quanto ao n.º 1 do artigo 85.º do Tratado”; conclusões de 23.3.1966, Société Technique Minière, 56/65, EU:C:1966:17, p. 396-397: “A Comissão, por exemplo, considera que não basta um prejuízo teórico às regras da concorrência: é necessário que se verifique um prejuízo perceptível. A sociedade Maschinenbau Ulm vai mesmo a ponto de excluir a aplicação do n.º 1 do artigo 85.º, quando, não obstante a existência de acordo, a concorrência se mantém funcional. Estes argumentos certamente merecem ser acolhidos pois seria exagerado aplicar rigorosamente a proibição prevista no n.º 1 do artigo 85.º ao menor prejuízo para a concorrência, quer este resultasse de um acordo celebrado com esse objetivo ou de um acordo que simplesmente produziu esse efeito, e conceder exceções apenas no âmbito do n.º 3.”; e, finalmente, as conclusões de 27.4.1966, Consten e o. c. Comissão, 56 e 58/64, EU:C:1966:19, p. 453-454: “assinalámos num outro processo que o direito americano exige, para situações do género das que nos ocupa, um vasto exame das suas repercussões económicas. Evidentemente que não pretendemos dizer que devemos imitar em todos os aspectos os princípios do processo americano em matéria de acordos. É exato que isso não se justificaria, porque existem diferenças essenciais entre os sistemas (proibição per se no direito americano; possibilidade de excepção segundo o artigo 85.º, n.º 3 do Tratado CEE). A referência que fizemos é no entanto útil, na medida em que demonstra que, também no que se refere ao artigo 85.º, n.º 1, não é possível dispensar a observação do mercado in concreto. Não nos parece correcto considerar esta observação apenas para a aplicação do n.º 3 do artigo 85.º, porque este número exige um exame sob pontos de vista completamente diferentes e específicos. Mas sobretudo (o processo ‘Maschinenbau Ulm/Sociedade La Technique Minière’ demonstra-o), seria artificial aplicar o artigo 85.º, n.º 1, com base em considerações puramente teóricas, a situações nas quais um exame mais aprofundado demonstraria que não existe um prejuízo sensível da concorrência, para conceder então uma excepção com base no artigo 85.º, n.º 3”.

⁷⁷² Ver, neste sentido, a posição da Comissão Europeia de rejeição da eventual aplicação da *regra de razão* na interpretação do artigo 101.º, n.º 1, uma vez que tal redundaria na inutilidade do artigo 101.º, n.º 3, no Livro Branco de 1999, n.º 57.

⁷⁷³ Ou numa *mistura de águas*, como refere (ORTIZ BLANCO, 2011, p. 23).

de interpretação funcionalista que, em determinados aspetos, poderá confundir-se com a aplicação de uma *regra de razão*⁷⁷⁴.

A previsão expressa, no artigo 101.º, n.º3, de uma norma de justificação de acordos que permite que *qualquer* acordo, tenha ele o objeto de restringir a concorrência ou que tal seja o resultado da sua implementação, possa ser justificado, e a *divisão de trabalho* entre a demonstração da existência de uma restrição (no n.º1) e dos critérios da justificação (no n.º3), também entre as partes envolvidas num litígio (a acusação que invoca o n.º1, a defesa que invoca o n.º3), resultado do Regulamento 17/62, define a posição assumida pelo Tribunal de Justiça desde cedo na rejeição de uma aplicação conjugada ou simultânea do n.º 1 e do n.º 3⁷⁷⁵, mas condicionando a posição da Comissão pela adoção de uma leitura finalista da proibição.

É neste contexto que encontramos, ao longo do período formativo inicial do Direito europeu da concorrência, apelos constantes à introdução de um “juízo de razoabilidade” inspirado na *rule of reason* do sistema norte-americano na interpretação e aplicação da proibição do artigo 101.º aos acordos entre empresas. Neste domínio, deveria a Comissão e o Tribunal considerar, na identificação de uma restrição da concorrência à luz do n.º 1, também os eventuais efeitos pró-competitivos de determinada prática e, só após uma adequada ponderação, determinar a sua proibição. Tratar-se-ia, pois, de procurar uma aplicação integrada do n.º 1 e do n.º 3 do artigo 101.º *previamente*

⁷⁷⁴ Assim, no Acórdão *Wouters*, o Tribunal de Justiça refere-se ao contexto alargado em que se insere a restrição, de modo a ter em conta outros interesses legítimos extrínsecos à proteção da concorrência. No Acórdão *Meca Medina*, também os objetivos legítimos prosseguidos pela imposição de regras de controlo antidopagem permitem ao Tribunal afastá-las do âmbito de aplicação do artigo 101.º, n.º 1, desde que se limitem “ao necessário para assegurar o bom desenrolar da competição desportiva” (cf. Acórdão *Meca Medina*, n.º 47). Em qualquer caso, não se trata aqui da aplicação da *rule of reason* norte-americana, uma vez que o Tribunal acaba por contrapor uma restrição concorrencial à legitimidade de objetivos meta-concorrenciais, e não promove uma qualquer forma de balanceamento de impactos (positivos e negativos) concorrenciais para concluir pelo afastamento do artigo 101.º. Neste sentido, ver (WHISH & BAILEY, 2015, p. 145) e (G. MONTI, 2002), que qualifica esta operação de “*regra de razão ao estilo europeu*” (p. 1057).

⁷⁷⁵ Ver (WHISH, 2013, p. 144).

à identificação de uma restrição da concorrência⁷⁷⁶, que de algum modo flexibilizasse a aplicação das regras do Tratado e, em particular, desonerasse as empresas europeias do esforço burocrático necessário à obtenção de uma isenção individual por parte da Comissão⁷⁷⁷; serviria, igualmente, para recentrar a análise jusconcorrencial nas condutas que tivessem um potencial de restrição efetiva (quando um não um efeito necessário), na concorrência, deslocando-a das preocupações essencialmente estruturais inerentes à garantia da liberdade de empresa e do processo de rivalidade concorrencial. Substituindo, pois, uma análise de índole essencialmente formal ou qualitativa por uma avaliação *mais económica* e quantitativa das práticas sancionadas pelo Direito europeu da concorrência.

Para além da evidente sedução destas propostas, em especial o reajustamento do conceito de *restrição da concorrência* à luz dos parâmetros de racionalidade económica e da recondução da análise jusconcorrencial aos instrumentos desenvolvidos pela ciência da organização industrial na determinação dos modelos de comportamento e atuação dos agentes económicos num mercado concorrencial, em prol de uma suposta maior segurança e previsibilidade jurídica, por um lado, e menor propensão para a limitação de erros de aplicação e de “falsos positivos”⁷⁷⁸, por outro, estas

⁷⁷⁶ Ver, e.g., (JOLIET, 1967); (PEETERS, 1989; SIRAGUSA, 1997); (WHISH & SUFFRIN, 1987).

⁷⁷⁷ Também o desenvolvimento jurisprudencial da *rule of reason* no sistema norte-americano da concorrência (pelo menos até à decisão *Sylvania*) não está inteiramente desligado da necessidade de assegurar maior previsibilidade e segurança jurídica às empresas, quer quanto aos comportamentos que seriam em qualquer circunstância considerados ilícitos (*per se*), quer quanto às condições que poderiam determinar uma avaliação de determinada conduta empresarial ao *rationale* da proibição, tendo por base uma linha de demarcação essencialmente formal. Ver (PEETERS, 1989, p. 528 e ss.). No sistema europeu criado pelo Regulamento 17/62, tal necessidade era ainda reforçada pelo entendimento da Comissão quanto à inaplicabilidade *ex post* de uma isenção individual no caso de um acordo não notificado que fosse considerado restritivo da concorrência. Esta posição seria, todavia, afastada posteriormente pelo Tribunal, concluindo que o facto de um acordo não ser notificado não podia precluir a possibilidade de o mesmo beneficiar das condições de isenção individual, a verificar pela Comissão no âmbito de uma investigação individual.

⁷⁷⁸ Ver (PETIT, 2013, p. 220): trata-se, ao cabo e ao resto, de garantir que a aplicação das regras de concorrência não permite, pelo seu enviesamento formalista, a proibição de práticas que podem ter efeitos pró-competitivos, e que por via do efeito dissuasor da proibição, desencorajam

propostas enfrentavam, contudo, alguns óbices inultrapassáveis: a estrutura do artigo 101.º, a multiplicidade dos objetivos do Direito europeu da concorrência (e ligado a este segundo óbice), a dificuldade em limitar o campo de aplicação do artigo 101.º a objetivos puros de eficiência económica.

A estrutura formal do artigo 101.º é um dos principais obstáculos à introdução de uma regra de razão na aplicação do artigo 101.º, pelo menos nos termos em que os seus defensores o advogavam.

Com efeito, a *rule of reason* é desenvolvida originariamente num quadro legal onde a proibição está prevista, mas não a possibilidade de justificação. A necessidade de flexibilização das condições de aplicação da proibição, num sistema de defesa da concorrência assente na litigância privada levou o Supremo Tribunal dos Estados Unidos a, progressivamente, promover uma clara separação de águas entre as práticas que deveriam ser objeto de uma proibição absoluta, sem possibilidade de redenção (*per se*), e aquelas que apenas deveriam ser proibidas caso uma avaliação dos efeitos pró-competitivos invocados em sua justificação não permitissem concluir por um balanço final positivo.

O artigo 101.º, n.º 3 acaba por prever no normativo do Tratado uma forma de racionalização da *rule of reason*, em bom rigor traduzindo e melhorando para o emergente sistema normativo de um mercado interno em construção o quadro legal aplicável, à época, no sistema norte-americano.

Sublinhámos já, na I Parte da nossa tese, a importância dos contributos de juristas norte-americanos na conceção do sistema normativo que deveria ser introduzido nos Tratados originários para permitir o desenvolvimento de um mercado interno assente em princípios de liberdade de iniciativa e defesa da concorrência. O artigo 101.º n.º 3, cuja previsão expressa pode ser considerada a tradução normativa do que seria a aplicação pretendida ou desejada de uma *rule*

os operadores económicos de adotar comportamentos ou acordos cooperativos que poderiam, de outro modo, beneficiar a inovação, reduzir preços ou permitir o aumento do bem-estar geral.

of reason, mas teve por efeito, por tal facto, impedir uma aplicação da *rule of reason* nos termos considerados pelos seus defensores, desde logo, na flexibilização da proibição.

Se o juízo de razoabilidade da conduta à luz do seu impacto pró-competitivos é realizado logo na identificação do que seja uma *restrição da concorrência* proibida pelo n.º 1, qual o sentido útil do n.º 3? Por isso, o Tribunal acaba sempre por rejeitar em absoluto a aplicação da *rule of reason* na avaliação do n.º 1, nos termos em que a mesma é compreendida no sistema norte-americano⁷⁷⁹.

O segundo óbice assenta na própria conceção dos objetivos do Direito europeu da concorrência: subjacente às principais críticas à abordagem formal da Comissão ao conceito de restrição da concorrência encontramos um desconforto com defesa da liberdade de empresa e do processo concorrencial como objetivo do Direito europeu da concorrência, por não respeitar à prossecução da eficiência económica, medida pelo bem-estar do consumidor (ou, pelo bem-estar geral), como único objetivo adequado de um sistema de defesa da concorrência: esta crítica, que encontra as suas raízes na revisão neoclássica da

⁷⁷⁹ Ver o Acórdão *Pronuptia*, n.º 24. Também a jurisprudência do Tribunal Geral foi sendo desenvolvida em torno da rejeição expressa de uma *rule of reason* na aplicação do artigo 101.º, n.º 1. Assim, ver Acórdão do Tribunal Geral *M6*: “o artigo 85.º do Tratado prevê explicitamente, no seu n.º 3, a possibilidade de isentar acordos restritivos da concorrência quando estes satisfaçam um certo número de condições, nomeadamente quando sejam indispensáveis à realização de certos objetivos e não dêem à empresa a possibilidade de eliminarem a concorrência em relação a uma parte substancial dos produtos em causa. É apenas no âmbito preciso desta disposição que uma ponderação dos aspectos pró-concorrenciais e anticoncorrenciais de uma restrição pode ter lugar”. Esta afirmação é apresentada em resposta à alegação das recorrentes nos termos da qual “a existência de uma ‘rule of reason’ em direito comunitário da concorrência implica que, no âmbito do artigo 85.º, n.º1 do Tratado, seja conveniente proceder a uma ponderação dos efeitos pró-concorrenciais e anticoncorrenciais de um acordo, a fim de determinar se este é atingido pela proibição estabelecida nesse artigo” (cf. n.º 72); Acórdão *Matra Hachette*, n.º 48: “a apreciação da intensidade do efeito anticoncorrencial de um acordo que constitui o objeto de um pedido de isenção é independente da do âmbito de aplicação material do artigo 85.º, n.º 1 do Tratado e deve ser efetuada pela Comissão não no quadro do artigo 85.º, n.º1, mas no do artigo 85.º, n.º 3”; Acórdão do Tribunal Geral *European Night Services*, n.º 136: “só no quadro do artigo 85.º, n.º 3, do Tratado é que essas restrições podem ser ponderadas face aos efeitos alegadamente favoráveis à concorrência, para efeitos de concessão de uma isenção da proibição constante do n.º 1 do mesmo artigo”.

Escola de Chicago dos objetivos prosseguidos pelo sistema *antitrust* norte-americano encontrou igualmente reflexos no sistema europeu, com a Comissão e o Tribunal de Justiça a ser criticados por não arvoreem a defesa do bem-estar do consumidor como parâmetro único da aplicação do Direito da concorrência.

A *rule of reason*, ao obrigar a uma avaliação dos aspetos pró-competitivos de qualquer conduta (desde que não seja proibida *per se*, embora também aqui haja – ou deva haver – lugar à revisão dos fundamentos da proibição à luz de eventuais benefícios pró-competitivos⁷⁸⁰), determina o confronto da abordagem formal das limitações à liberdade empresarial com os efeitos pró-competitivos que possam resultar dessa limitação; e, se só após essa ponderação, haja lugar à proibição, então também a *rule of reason* aplicada à proibição do n.º 1 teria um efeito processual relevante, ao adjudicar sobre o ónus de alegação e de prova subjacente à demonstração da proibição e à alegação (e prova) das condições de justificação.

2.2. Elementos de “razoabilidade” na interpretação do artigo 101.º, n.º 1

A rejeição da introdução de uma *regra de razão* pelo Tribunal na interpretação do artigo 101.º não impede, todavia, que a exegese da proibição e a definição dos seus limites não sejam confrontadas com as mesmas questões e dúvidas hermenêuticas que, no lugar paralelo do sistema norte-americano, podem ser enquadradas através da determinação do método de aplicação do *Sherman Act* a uma restrição da concorrência, seja através da regra de razão ou da proibição *per se*.

⁷⁸⁰ Como aliás se verifica na evolução a nível da jurisprudência norte-americana relativamente a determinadas restrições proibidas *per se*, designadamente as proibições *per se* da imposição de preços mínimos e máximos de revenda, bem como das restrições relativas a condições comerciais, que são atualmente avaliadas à luz da *rule of reason*. No que respeita a acordos horizontais, todavia, o campo de aplicação da proibição *per se* continua relativamente sólido. Ver (SOKOL, 2014, p. 1009 e ss.), notando que estas alterações, inspiradas pela Escola de Chicago e pelos trabalhos de Robert Bork, produziram um impacto significativo na avaliação jus-concorrencial das restrições verticais, substituindo a ilegalidade *per se* deste tipo de acordos por uma efetiva *presunção de legalidade per se*.

Ao rejeitar a importação sem mais dos instrumentos hermenêuticos do sistema norte-americano, o Tribunal acaba por desenvolver parâmetros próprios de interpretação do artigo 101.º, n.º 1 que, em termos efetivos, podem conduzir – em circunstâncias que depois cuida de delimitar estritamente – a resultados análogos aos da aplicação da *rule of reason*, pelo balanceamento de elementos pró-competitivos e anticompetitivos na aplicação do artigo 101.º, n.º 1⁷⁸¹, na análise de restrições acessórias diretamente relacionadas com o acordo principal (não restritivo)⁷⁸², ou extravasando-a pela consideração de interesses meta-concorrenciais⁷⁸³.

⁷⁸¹ Ver, neste sentido, as conclusões do Advogado-geral Léger no processo *Wouters*, já citadas, em especial n.º 101 e ss. Léger conclui que “o Tribunal de Justiça fez uma aplicação limitada da ‘regra de razoabilidade’ em certos acórdãos. Confrontado com certas categorias específicas de acordos, procedeu a um balanço concorrencial dos efeitos da convenção e considerou, quando o balanço se revelou positivo, que as cláusulas necessárias à aplicação do acordo não eram abrangidas pela proibição do artigo 85.º, n.º 1 do Tratado” (n.º 103). Para este efeito, os exemplos apresentados respeitam: (i) à compatibilidade dos acordos de distribuição seletiva quando as condições de selecção dos revendedores sejam estabelecidas em função de critérios objetivos de carácter qualitativo e aplicadas de modo uniforme e não discriminatório em relação a todos os potenciais revendedores (Acórdão *Metro I*, já citado, n.ºs 20 a 22); (ii) a existência de um objetivo legítimo relacionado com a divulgação de um novo produto agrícola justifica a concessão de uma licença exclusiva (aberta) para a sua cultura e comercialização (Acórdão de 8.6.1982, *L.C. Nungesser KG e Kurt Eisele c. Comissão*, 258/78, EU:C:1982:211, adiante “Acórdão *Nungesser*”, n.º 54 a 58); (iii) um contrato de cessão de empresa contribui para o reforço da concorrência, e como tal, as cláusulas de não concorrência entre as partes nesse contrato não serão abrangidas pela proibição do artigo 101.º, n.º 1, desde que sejam necessárias para assegurar a cessão da empresa e que a sua duração e âmbito de aplicação sejam estritamente limitados a esse objetivo (Acórdão *Remia*, já citado, n.ºs 17 a 20); (iv) restrições indispensáveis à implementação de um acordo de franquia não são restrições da concorrência à luz do artigo 101.º, n.º 1 (Acórdão *Pronuptia de Paris*, já citado, n.ºs 14 a 27); (v) a imposição por parte de uma cooperativa de compra proibindo os seus membros de integrar outras formas de cooperação organizada em concorrência direta com a cooperativa não será abrangida pelo artigo 101.º, n.º 1, desde que a imposição seja limitada ao necessário para assegurar o bom funcionamento da cooperativa e sustentar o seu poder contratual relativamente aos produtores (Acórdão *Gøttrup-Klim*, já citado, n.ºs 28 a 45). Para Léger, estes exemplos revelam que “independentemente de toda a controvérsia terminológica, a ‘regra de razoabilidade’ em direito comunitário da concorrência está estritamente limitada a um balanço puramente concorrencial dos efeitos do acordo. Quanto, visto no seu conjunto, o acordo é susceptível de reforçar o jogo da concorrência no mercado, as cláusulas que são indispensáveis à sua colocação em prática podem não ser abrangidas pela proibição prevista pelo artigo 85.º, n.º 1 do Tratado. O único “objetivo legítimo” que esta disposição permite prosseguir, é portanto, de natureza exclusivamente concorrencial” (n.º 104).

⁷⁸² Ver Acórdão do Tribunal Geral *M6*, fortemente apoiado no Acórdão *Remia*, n.º 20. Em *M6*, o Tribunal Geral considera que “em direito comunitário da concorrência, a noção de restrição acessória abrange toda e qualquer restrição que esteja directamente ligada e seja necessária à realização de uma operação principal” (n.º 104), e que “quanto à condição relativa ao carácter necessário de uma restrição, ela implica um duplo exame. Com efeito, é conveniente procurar, por

um lado, se a restrição é objetivamente necessária à realização da operação principal e, por outro, se ela é proporcionada em relação a esta” (n.º 105). Por outro lado, e no que respeita ao carácter objetivamente necessário de uma restrição, o Tribunal Geral rejeita expressamente um *balanceamento* concorrencial na aplicação do artigo 101.º, n.º 1 que retire sentido útil ao n.º 3: “no que concerne ao carácter necessário de uma restrição, há que sublinhar que, na medida em que, como se demonstrou, supra, nos pontos 72 e seguintes, a existência de uma ‘rule of reason’ em direito comunitário da concorrência não pode ser admitida, seria errado interpretar, no âmbito da qualificação das restrições acessórias, a condição da necessidade objetiva como implicando uma ponderação dos efeitos pró-concorrenciais e anticoncorrenciais de um acordo. Com efeito, é apenas no âmbito específico do artigo 85.º, n.º 3 do Tratado que uma tal análise pode ter lugar.” (n.º 107). Assim, conclui o Tribunal Geral, “o exame do carácter objetivamente necessário de uma restrição em relação à operação principal não pode deixar de ser relativamente abstracto. Trata-se, não de analisar se, face à situação concorrencial no mercado em causa, a restrição é indispensável para o sucesso comercial da operação principal, mas sim de determinar se, no âmbito particular da operação principal, a restrição é necessária à realização dessa operação. Se, não havendo restrição, a operação principal se mostra dificilmente realizável ou mesmo irrealizável, a restrição pode ser considerada objetivamente necessária à sua realização” (n.º 109). Para (KORAH, 2007, p. 80 e ss.), a posição do Tribunal Geral no Acórdão M6 corresponde a uma visão excessivamente restritiva da aceitação das restrições acessórias no âmbito do Direito europeu da concorrência, por sua vez moldada na posição da Comissão assumida, especialmente, no âmbito do controlo de operações de concentrações. Ver, em particular, a Comunicação da Comissão relativa às restrições directamente relacionadas e necessárias às concentrações, 2005/C 56/03, JO C 56, de 5.3.2005, p.24, e que substitui a anterior Comunicação de 2001. Na Comunicação de 2005, a Comissão reproduz no essencial a posição referida anteriormente pelo Tribunal Geral no Acórdão M6. Assim, “para que as restrições sejam consideradas ‘directamente relacionadas com a realização da concentração’ devem estar estreitamente ligadas à concentração propriamente dita. Não basta ter sido celebrado um acordo no mesmo contexto ou no mesmo momento que a concentração. As restrições directamente relacionadas com a concentração estão economicamente relacionadas com a transação principal e destinam-se a permitir uma transição harmoniosa para a estura alterada da empresa após a concentração” (n.º 12). Para KORAH (ob. cit., loc. cit.), a justificação das restrições acessórias deveria estar relacionada com a necessidade de garantir o cumprimento de qualquer acordo não restritivo; assim, qualquer provisão contratual que restrinja a concorrência entre as partes mas que viabilize um acordo não restritivo deveria ser considerada compatível, sob pena de o contrafactual – a rejeição do acordo não restritivo na ausência da referida provisão – conduzir a um resultado economicamente desfavorável. Esta posição não se compagina, todavia, com a jurisprudência do Tribunal, não apenas a nível do rigor com as restrições acessórias são aceites – devendo ser objetivamente necessárias e directamente relacionadas com o acordo principal – mas principalmente por ter dificuldade em enquadrar outras manifestações de *razoabilidade* na jurisprudência do Tribunal, designadamente a aceitação de acordos principais restritivos, mas considerados necessários para a prossecução de um objetivo legítimo (e.g., Acórdão *Nungesser*), ou restrições afastadas do campo de aplicação do artigo 101.º, n.º 1 atenta a natureza pública da origem mediata da restrição (e.g., Acórdão *Wouters*). Neste caso – e compreendendo-se muito embora a virtuosidade de uma doutrina global que explique e concilie estas linhas jurisprudenciais – parece-nos mais adequado ao estado da jurisprudência consolidada relativamente a estas questões descrever tais acórdãos como exemplos de categorias distintas de restrições que, em determinadas circunstâncias, não são abrangidas pelo artigo 101.º, n.º 1, mas que pela sua excepcionalidade, ajudam a explicar as linhas gerais de aplicação do artigo 101.º, n.º 1. Neste sentido, ver (WHISH & BAILEY, 2015, p. 136 e ss.), (BELLAMY & CHILD, 2013, p. 162 e ss.) e (GONZÁLEZ-DÍAZ, 1995, pp. 955-956).

Encontramos exemplo disso num conjunto de decisões em que o Tribunal expandiu uma aplicação *balanceada* de aspetos pró e anticompetitivos na aplicação do artigo 101.º, n.º1, ou no quadro do tratamento das restrições acessórias no Direito europeu da concorrência⁷⁸⁴, que podemos em boa medida qualificar como reflexo, na jurisprudência europeia, do modo como tais condições contratuais – relacionadas com acordos principais não restritivos (por si próprios, ou em resultado do balanceamento de efeitos pró e anticompetitivos) – foram sendo tratadas no sistema norte-americano⁷⁸⁵.

Noutro nível de análise – que difere do primeiro por não implicar um balanceamento de aspetos concorrenciais no afastamento da aplicação da

⁷⁸³ Designadamente, no âmbito de um interesse público definido a nível legal ou regulatório, e que subjaz à restrição da concorrência. Ver, e.g., Acórdão *Wouters*.

⁷⁸⁴ Ver (GONZÁLEZ-DÍAZ, 1995). Sublinhando a dificuldade de conformar uma doutrina uniforme quanto ao tratamento dos casos de admissibilidade de restrições da concorrência à luz da natureza *acessória* de acordos principais não restritivos, ou da existência condicionada (e determinada) pelo quadro regulatório concretamente aplicável, ver (WHISH & BAILEY, 2015, p. 136 e ss.) e (JONES & SUFRIN, 2014, p. 242 e ss.)

⁷⁸⁵ Ver um dos primeiros contributos de Robert BORK para o desenvolvimento doutrinário deste tema no sistema norte-americano, em (BORK, 1959), bem como (BORK, 1965). A questão da legalidade de restrições da concorrência entre empresas no âmbito de parcerias legítimas, e causalmente ligadas a estas, surge na jurisprudência norte-americana precisamente no quadro das sociedades de profissionais liberais (“*partnerships*”), onde acordos restritivos da concorrência (como a imposição de obrigações de não concorrência e de fixação de preços), surgem como condições necessárias ao bom funcionamento da parceria e, assim, ao desenvolvimento pleno do potencial da agregação de esforços comuns (introduzindo assim um argumento de *eficiência* na justificação da legalidade das cláusulas acessórias), o que justifica a qualificação de “acessório” do acordo principal. BORK atribuiu à decisão do Juiz TAFT em *Addyston Pipe*, quando ainda era Juiz no Sexto Circuito Judicial (cf. *United States v. Addyston Pipe & Steel Co.*, 85 F. 271, 6th Circuit, 1898), o principal impulso para o desenvolvimento autónomo desta doutrina. Com efeito, TAFT desenvolve o seu raciocínio no quadro da análise diferenciada de acordos de fixação de preços, caso os mesmos surjam relacionados com acordos de parceria legítimos (e.g., as sociedades de profissionais) ou sejam o resultado de acordos onde o seu objeto seja apenas a supressão da rivalidade entre as empresas participantes (um acordo de “cartel”). No primeiro caso, as restrições concorrenciais acessórias seriam consideradas necessárias, para preservar as vantagens da parceria, ou para impedir o seu aproveitamento por apenas um dos parceiros: “*No conventional restraint of trade can be enforced unless the covenant embodying it is merely ancillary to the main purpose of a lawful contract and necessary to protect the covenantee in the full enjoyment of the legitimate fruits of the contract, or to protect him from the dangers of an unjust use of those fruits by the other party*” (*Addyston Pipe* cit., 282).

proibição a determinados acordos restritivos e do segundo por levar a avaliação da compatibilidade do acordo para outros domínios salvaguardados pelo Tratado para além da proteção da concorrência – encontramos a consideração da natureza *pública* (em sentido amplo) da restrição da concorrência em causa como razão essencial para o afastamento da aplicação do artigo 101.º, que encontra a sua principal manifestação no Acórdão *Wouters*⁷⁸⁶, mas que representa o culminar de uma inflexão jurisprudencial que se anuncia no Acórdão *Pavel Pavlov*, ao afastar a aplicação das regras do Tratado em matéria de concorrência a comportamentos objetivamente restritivos da concorrência, cuja adoção seja resultado direto de decisões públicas, conquanto não seja deixada qualquer margem de liberdade às empresas envolvidas para adoção de comportamentos alternativos, não restritivos⁷⁸⁷.

Neste âmbito, os três domínios onde a introdução de uma aparente regra de razoabilidade na interpretação do artigo 101.º, n.º 1 parece ter sido adotada pelo Tribunal, e que constituem uma delimitação negativa do âmbito de aplicação desta disposição: a identificação de restrições da concorrência justificáveis pela prossecução de objetivos legítimos; as restrições acessórias de acordos principais não restritivos; a consideração de interesses públicos subjacentes à restrição.

⁷⁸⁶ Ver (FERREIRA, 2011, p. 326 e ss.). Como aí defendemos, o Tribunal de Justiça, em dois acórdãos proferidos na mesma data, o Acórdão *Wouters*, já citado, e o Acórdão *Arduino*, envolvendo pedidos de reenvio prejudicial relativos aos limites dos poderes de auto-regulação devolvidos pelo Estado a associações de profissionais liberais e a compatibilidade de determinadas limitações impostas por tais associações ao exercício dessas profissões, reconhece a natureza específica da atuação destas associações que autonomiza a análise das suas decisões da das demais associações de empresas, impondo todavia um conjunto de critérios hermenêuticos à luz dos quais uma associação de profissionais liberais poderá não ser considerada uma associação de empresas para efeitos de aplicação do artigo 101.º, n.º 1, e as decisões por si emanadas – ainda que objetivamente restrinjam a concorrência ou a liberdade de exercício de uma profissão liberal – não serão consideradas “restrições da concorrência” proibidas pela referida disposição.

⁷⁸⁷ Considerando, todavia, que a jurisprudência *Pavel Pavlov* não deve ser entendida como comprometendo a possibilidade de se apreciar a compatibilidade de certas restrições da concorrência com o artigo 101.º, n.º 1 à luz da prossecução de objetivos legítimos mais amplos, nomeadamente de natureza social, ver (MORAIS, 2014, p. 533).

Tais manifestações constituem, em nossa opinião, exemplos de razoabilidade na aplicação do artigo 101.º, n.º 1, por implicarem, por parte do Tribunal de Justiça, a apreciação e aceitação de alguma forma de justificação, em latíssimo senso, das condutas restritivas em causa, identificadas *a priori*, de modo a evitar sujeitá-las à proibição, sem, todavia, admitir expressamente um balanceamento concorrencial no âmbito do n.º 1 que desvirtue o efeito útil do n.º 3.

Impõe-se ao intérprete algumas cautelas. Desde logo, a dificuldade em determinar um claro *fio condutor* da jurisprudência do Tribunal que permita sistematizar tais exemplos num quadro sinóptico geral de análise; pelo contrário, entendemos que constituem exemplos de natureza relativamente excecional, justificáveis à luz do quadro factual e contextual em que foram apreciados, e que pela sua natureza não permitem infirmar o quadro geral de aplicação do artigo 101.º a restrições da concorrência definido, em traços gerais, desde os Acórdãos *Société Technique Minière* e *Consten*, ilustrando em contrapartida a flexibilidade interpretativa do Tribunal de Justiça, quando confrontado com questões concretas onde a aplicação dos princípios gerais poderá conduzir a soluções incongruentes ou de difícil aplicação⁷⁸⁸.

Em segundo lugar, o contexto histórico – e processual – em que os arestos referidos de seguida surgem conforma também o modo como o Tribunal procede à avaliação destas questões, que acabam por consolidar linhas autónomas de desenvolvimento jurisprudencial, caso não sejam de algum modo revertidas: no âmbito de processos com origem em pedidos de reenvio – e até à entrada em vigor do Regulamento 1/2003 – o Tribunal de Justiça é confrontado com a impossibilidade das autoridades nacionais poderem aplicar o artigo 101.º, n.º 1 e n.º 3, o qual só poderia ser aplicado mediante notificação prévia à Comissão, e eliminando uma das avenidas alternativas de orientação para as autoridades

⁷⁸⁸ “One must always be alert to the possibility that the distinctions and categories of the law, often poorly articulated and seemingly divorced from economic theory, may nevertheless reflect a strong practical sense of and feeling for the phenomena with which the courts have dealt”. (BORK, 1965, p. 781).

nacionais quanto à aplicação das regras de concorrência a restrições da concorrência materialmente justificáveis⁷⁸⁹; a prática consolidada da Comissão no quadro de avaliação de operações de concentração de empresas informa a prática decisória do Tribunal na apreciação de restrições acessórias, mantendo assim alguma coerência sistemática entre os planos de aplicação *ex ante* e *ex post* das regras de concorrência comunitária⁷⁹⁰; a evolução, na década de 1960 e 1970, da política da Comissão em relação a determinados acordos de licença de patentes, numa primeira fase mais favorável, para depois passar a ter uma posição mais rigorosa, qualificando um contrato que atribuía uma licença exclusiva que impedia a empresa licenciante de licenciar outras empresas para o mesmo território como uma restrição da concorrência, aplicando de seguida o balanço económico para isentar individualmente os acordos notificados⁷⁹¹, ilumina em certa medida a posição que o Tribunal de Justiça adotará, em 1982, no Acórdão *Nungesser*.

2.3. Acordos restritivos da concorrência compatíveis com o artigo 101.º, n.º 1

O Tribunal procura determinar o objeto restritivo de um determinado acordo atendendo ao seu teor e objetivos, bem como ao contexto jurídico e económico em que o mesmo se insere, ou seja, às circunstâncias que as empresas envolvidas no acordo não poderiam deixar de considerar na celebração ou definição das condições de entendimento mútuo quanto à sua atuação no

⁷⁸⁹ Neste sentido, quanto à possibilidade de o Tribunal de Justiça recorrer ao artigo 101.º, n.º 3 para justificar a adoção de restrições ao exercício da advocacia no Acórdão *Wouters*, ver (WHISH & BAILEY, 2015, pp. 141-142). Uma vez que o tribunal de reenvio não teria competência para apreciar o preenchimento, no caso concreto, das condições de isenção individual (o Acórdão *Wouters* foi proferido em fevereiro de 2002, ainda na vigência do Regulamento 17/62), o Tribunal de Justiça não poderia responder à questão prejudicial por esta via, acabando assim por enveredar por um exercício análogo ao da apreciação de restrições à liberdade de movimento de serviços no âmbito do artigo 56.º TFUE.

⁷⁹⁰ Assim, do Tribunal de Justiça, ver Acórdão *Remia*, n.º 19 e 20, Acórdão *Pronuptia*, n.º 15 a 17, e do Tribunal Geral, Acórdão *M6*, n.º 104 a 114.

⁷⁹¹ Ver (MOURA E SILVA, 2003, p. 235 e ss.).

mercado. Essa determinação poderá implicar uma avaliação dos objetivos pretendidos pelas partes, ou das intenções subjacentes à celebração do acordo, elemento que, não sendo determinante, poderá ser considerado na avaliação do objeto restritivo da coordenação, mas acima de tudo, será o contexto que irá permitir avaliar o objeto do acordo e assim determinar se o mesmo constitui, pela sua natureza, uma restrição da concorrência. Caso assim não seja, haverá que avaliar as consequências do acordo no mercado para determinar o preenchimento da proibição do artigo 101.º, n.º 1⁷⁹².

Todavia, a determinação do objeto do acordo não implica necessariamente que esse acordo não tenha, pelo menos na perspetiva das empresas participantes, uma multiplicidade de objetivos, e que nestes não seja possível encontrar objetivos legítimos, cuja realização implique uma restrição da concorrência ou, pelo menos, uma restrição da concorrência *proibida* pelo artigo 101.º, n.º 1. Tal decorrerá, designadamente, da posição assumida pelo Tribunal de Justiça logo no Acórdão *Société Technique Minière*: após apresentar as linhas gerais de interpretação e aplicação das categorias de restrições da concorrência pelo objeto e pelo efeito como distintas⁷⁹³, o Tribunal expõe a metodologia de identificação de uma restrição da concorrência pelo efeito, a empreender quando a “*análise das cláusulas não revelar um grau suficiente de nocividade em relação à concorrência*”. Em tal circunstância, “*a concorrência deve... ser apreciada no quadro real em que se produziria se não existisse o acordo controvertido. A alteração da concorrência pode ser posta em dúvida, designadamente, se o acordo se revelar necessário à penetração de uma empresa numa zona em que não operava*”⁷⁹⁴.

⁷⁹² Assim, ver Acórdão *Société Technique Minière*.

⁷⁹³ Acórdão *Société Technique Minière*, p. 387-388.

⁷⁹⁴ Acórdão *Société Technique Minière*, p. 388. Neste ponto, o Tribunal adota a metodologia contrafactual para a identificação de efeitos restritivos da concorrência, impondo à acusação a obrigação de determinar o modo de operação da concorrência em concreto na ausência do acordo controvertido. Esta metodologia seria posteriormente desenvolvida no Acórdão *Brasserie De Haecht*, p. 407, e no Acórdão *Delimitis*, e.g., n.º 23. Neste caso, o Tribunal de Justiça considerou necessária a apreciação das condições concorrenciais no mercado relevante, designadamente a possibilidade efetiva de novos concorrentes entrarem no mercado da distribuição de cerveja, independentemente dos contratos de distribuição exclusiva previamente existentes. Tal implicaria a

A consideração dos objetivos legítimos invocados pelas partes para justificação de acordos restritivos foi, desde o início, recebida com alguma desconfiança por parte do Tribunal, especialmente quando tais acordos se limitavam a restringir a concorrência entre as empresas participantes.

Assim, no Acórdão *Chemiefarma*, as divergências entre as legislações internas dos Estados-Membros, os entraves ao comércio eventualmente resultantes das diferenças entre legislações nacionais aplicáveis à comercialização de produtos farmacêuticos e a penúria de matérias-primas não foram consideradas relevantes para afastar a ilicitude de um acordo que tinha por objetivo restringir a concorrência através da proteção de cada mercado nacional em favor dos diversos produtores de quinina e quina envolvidos⁷⁹⁵.

No Acórdão *IAZ*⁷⁹⁶, a invocação de razões de poupança de custos administrativos envolvidos na implementação de um sistema de verificação da conformidade das ligações de eletrodomésticos ao sistema de distribuição de água canalizada, pela aposição de selos de conformidade não foi atendida pelo Tribunal, tendo em conta que tal sistema implicava que apenas os aparelhos produzidos ou comercializados através de canais oficiais de importação poderiam beneficiar dessa verificação de conformidade, discriminando assim as importações paralelas de tais eletrodomésticos⁷⁹⁷.

Nos acórdãos que citámos anteriormente, o Tribunal sopesou com efeito os objetivos alegados pelas partes que explicariam o seu comportamento à luz de

identificação de efeitos restritivos potenciais decorrentes não apenas do contrato de distribuição exclusiva em causa (que, por si só, teria um impacto negligenciável), mas no contexto da totalidade dos acordos de distribuição de cerveja em vigor em determinado momento: só perante essa análise se poderia concluir se o efeito cumulativo da restrição (exclusividade) seria ou não proibida pelo artigo 101.º, n.º 1.

⁷⁹⁵ Cf. Acórdão *Chemiefarma*, n.º 115 a 127.

⁷⁹⁶ Acórdão *IAZ*, já citado.

⁷⁹⁷ Cf. Acórdão *IAZ*, n.º 22 a 25.

um (ou vários) propósitos que não seriam necessariamente consistentes com uma vontade de restringir a concorrência, embora acabasse por concluir pela irrelevância desses argumentos para efeitos de qualificação de determinada prática como uma restrição da concorrência.

Esta avaliação revela, quanto a nós, um relativo desprendimento do Tribunal em relação à posição de princípio da Comissão – e que se manteve, com poucas alterações enquanto elemento essencial da política da concorrência, pelo menos, até ao Livro Branco de 1999 -, de que qualquer restrição à liberdade de cação de uma empresa constitui uma restrição da concorrência, relegando para o artigo 101.º, n.º 3 o domínio exclusivo de eventual justificação daquela restrição da liberdade; tal é a consequência do monopólio da Comissão sobre a verificação das condições do n.º 3 (por contraponto à descentralização inicial da verificação das condições da proibição no artigo 101.º, n.º1), que se manteve até à entrada em vigor do Regulamento 1/2003, e que era operacionalizado através do instrumento da notificação prévia dos acordos à Comissão, no quadro do Regulamento 17/62.

Neste contexto, qualquer avaliação do impacto positivo ou dos benefício para o funcionamento do mercado ou da concorrência deveria ser relegada para a análise do eventual preenchimento do n.º 3: esta bifurcação – o já referido *pecado original* do Direito europeu da concorrência – implicava portanto uma avaliação dos acordos à luz da liberdade de empresas (implicando portanto que qualquer acordo entre empresas preenchesse, à partida, os requisitos da proibição, por conter quase sempre um qualquer elemento de restrição de liberdade empresarial), a rejeição de qualquer ponderação das consequências positivas (ou *avaliação dos efeitos positivos*) de um acordo para efeitos de qualificação como restrição da concorrência e a subordinação da justificação à notificação prévia do acordo à Comissão. Esta posição mecanicista do funcionamento do artigo 101.º, n.º 1 e n.º 3 permitia – defendia a Comissão – que todos os acordos efetivamente restritivos da concorrência (aqueles em que o balanço não seria positivo) fossem proibidos, e em abstrato todos os acordos entre empresas com impacto positivo (determinado à luz dos critérios do artigo

101.º, n.º 3) beneficiassem da exceção legal. É a posição que encontramos plasmada nos Acórdãos *Consten* ou *Société Technique Minière*. A consequência, natural, seria a de que qualquer acordo potencialmente restritivo da liberdade empresarial deveria ser objeto de notificação e avaliação das condições individuais de justificação.

Verificamos também como, desde o início, essa posição vinha sendo contestada perante o Tribunal de Justiça, designadamente, por Advogados-gerais que viam nessa bifurcação um excessivo artificialismo, pugnando antes por uma interpretação consolidada do n.º 1 e 3 desde logo na apreciação da existência de uma restrição da concorrência.

A posição do Tribunal acaba por assentar na procura de soluções de alguma razoabilidade, à luz do contexto e do circunstancialismo concreto que é chamado a apreciar; afastando a qualificação, sem mais, de condutas empresariais como restrições da concorrência sem procurar determinar os objetivos – à luz do contexto que enfrentavam no momento em que são adotados – perseguidos pelos agentes; pugnando pelo balanceamento entre a conveniência administrativa da Comissão e os princípios subjacentes ao sistema administrativo do Regulamento 17/62 e à bifurcação que daí resultava (mas também da sua própria jurisprudência quanto ao efeito direto do n.º 1) na aplicação integrada dos n.ºs 1 e 3.

Esse mesmo balanceamento poderá ser determinado num conjunto de arestos relacionados com cláusulas de proteção territorial onde a natureza restritiva da concorrência como elemento necessário à salvaguarda de outros objetivos legítimos é especialmente confrontada.

No Acórdão *Nungesser*, o Tribunal aprecia a compatibilidade de uma cláusula de proteção territorial absoluta com o artigo 101.º. A posição da Comissão – pois trata-se aqui de um recurso de anulação de uma decisão da Comissão – relativamente à natureza restritiva da cláusula em litígio é clara, e assenta na jurisprudência que visitámos já em *Consten*: tratando-se da imposição

de uma condição à liberdade contratual de um operador no mercado único, tal cláusula constitui pela sua própria natureza uma restrição da concorrência que não pode ser permitida.

Os factos subjacentes são pertinentes por trazerem à colação para a apreciação do Tribunal a consideração legítima da proteção da propriedade intelectual e da inovação como motivos adequados a justificar uma restrição da concorrência.

O *Institut National de la Recherche Agronomique* (“INRA”), um instituto francês de investigação agrícola, desenvolveu uma variante híbrida de semente de milho, concedendo posteriormente a Kurt Eisele, fornecedor de sementes e acionista maioritário da L.C. Nungesser KG o direito de registar as sementes desenvolvidas pelo INRA, em seu nome próprio na Alemanha e o direito exclusivo de plantar e vender tais sementes na Alemanha, impedindo o próprio INRA de o fazer em seu nome. Posteriormente, esse direito é transmitido para a Nungesser pelo seu acionista maioritário. Nos termos do contrato entre o INRA e Kurt Eisele, o INRA não podia vender – ou permitir a terceiros que vendessem – sementes da variante por si desenvolvida no mercado alemão; de igual modo, o titular da licença podia impedir outros vendedores de comercializarem tais sementes em território alemão, ainda que as tivessem importado diretamente de França, já que este detinha o direito de comercialização exclusiva no mercado alemão.

A Comissão concluiu que os acordos de licenciamento entre o INRA e Kurt Eisele infringiam o artigo 101.º, n.º 1 do Tratado ao impor ao INRA a obrigação de impedir que outros produtores – a quem também tivesse atribuído a licença de plantação e comercialização das sementes por si desenvolvidas – pudessem exportar tais sementes para a Alemanha (ou da Alemanha para outros territórios), impedindo igualmente que terceiros (armazenistas ou distribuidores) pudessem, legitimamente, revender tais sementes em território alemão. A Comissão conclui pela existência de uma restrição assente na repartição de mercados e pela limitação da concorrência no mercado alemão,

uma vez que quaisquer interessados apenas poderiam negociar com um operador, o titular da licença atribuída pelo INRA, a Nungesser à data. E conclui também que tal restrição não pode ser justificada pelo artigo 101.º, n.º 3, uma vez que tem por resultado a eliminação da concorrência no mercado alemão para a comercialização daquele tipo de sementes, conduzindo a um diferencial de preço entre os mercados francês e alemão em prejuízo deste último.

Na apreciação do recurso, o Tribunal não apoiou inteiramente a posição da Comissão; com efeito, a Comissão considerou que tanto (i) a obrigação imposta ao INRA de impedir terceiros de exportar a sementes para a Alemanha para comercialização ou utilização neste mercado sem autorização do detentor da licença, como (ii) a possibilidade do detentor da licença exercer os seus direitos de modo a prevenir quaisquer importações para o mercado alemão, ou a revenda para outros Estados com origem no território alemão, eram contrários ao artigo 101.º, n.º 1.

O Tribunal, pelo contrário, considera que ambas as situações não podem merecer o mesmo tratamento⁷⁹⁸, distinguindo duas situações: a que decorre da relação contratual entre o titular originário do direito e o detentor de uma licença, e a outra assente numa proteção territorial absoluta. No primeiro caso, impõe-se uma obrigação ao titular originário do direito de não concorrer com o detentor da licença por si concedida no seu território, nem de conceder novas licenças para o mesmo território, limites que favorecem a aquisição de licenças e a disseminação de inovações tecnológicas, sem afetar a posição de terceiros.

⁷⁹⁸ Acórdão Nungesser, n.º 53: “It should be observed that those two sets of considerations relate to two legal situations which are not necessarily identical. The first case concerns a so-called open exclusive licence or assignment and the exclusivity of the licence relates solely to the contractual relationship between the owner of the right and the licensee, whereby the owner merely undertakes not to grant other licences in respect of the same territory and not to compete himself with the licensee on that territory. On the other hand, the second case involves an exclusive licence or assignment with absolute territorial protection, under which the parties to the contract propose, as regards the products and the territory in question to eliminate all competition from third parties, such as parallel importers or licensees for other territories.”.

Neste caso, não haverá uma violação do artigo 101.º. No segundo caso, as partes estarão a afetar a posição de terceiros, impondo-lhes uma obrigação de exclusividade por respeito a uma relação contratual a que são absolutamente alheios. Tal implica, na apreciação do Tribunal, uma afetação direta da possibilidade de terceiros importarem tais produtos para a Alemanha, ou de os revenderem através da Alemanha para outros Estados, mantendo uma separação artificial dos mercados. Neste ponto, o Tribunal estriba-se na jurisprudência firmada em *Consten*⁷⁹⁹, para afastar a compatibilidade deste tipo de cláusulas com o Tratado.

Convém todavia sublinhar o percurso que o Tribunal empreende para separar o quadro analítico dos dois tipos de cláusulas em discussão; não se debate que também que no caso das cláusulas de proteção abertas, ou seja, aquelas que, na avaliação do Tribunal, afetam apenas os direitos do titular originário, que se vê assim impedido de concorrer com o titular da licença que concedeu no território em causa, não há uma restrição da concorrência e, desde logo, uma afetação da liberdade de atuação das partes no contrato; com efeito, o Tribunal apresenta um quadro de justificação da restrição assente nos efeitos pró-competitivos da mesma⁸⁰⁰, concluindo que, *num caso como no presente e atendendo às características do produto em causa*, uma cláusula de proteção territorial que não imponha limites à atuação de terceiros (para além da possibilidade de obtenção de uma licença concorrente) não constitui uma

⁷⁹⁹ Citado no n.º 61.

⁸⁰⁰ Cf., em especial, n.ºs. 55-58. O Tribunal releva os seguintes factores: em primeiro lugar, as sementes da variedade híbrida desenvolvida pelo INRA foram obtidas na sequência de vários anos de investigação e testes, sendo desconhecidas no mercado alemão quando o INRA e Kurt Einsel estavam a negociar o respetivo licenciamento para o mercado alemão. Por essa razão, conclui o Tribunal (cf. n.º 56) a preocupação das partes em garantir uma adequada protecção de um novo desenvolvimento tecnológica era justificada; em segundo lugar, a protecção (da concorrência do titular originário) é necessária para eliminar o risco de comercialização de um novo produto, entendendo o Tribunal que se não forem dadas garantias ao titular da licença, este poderia não estar disponível para assumir tais riscos. Interessante, portanto, a conclusão do Tribunal no n.º 57: “*such a result would be damaging to the dissemination of a new technology and would prejudice competition in the Community between the new product and similar existing products*”. Note-se, todavia, como este *iter* é desenvolvido para afastar a aplicação do n.º1, e não para justificar a conduta restritiva à luz do n.º 3.

restrição da concorrência para efeitos da aplicação do artigo 101.º, n.º 1 ; no segundo.

Sendo certo que o Tribunal recorre simultaneamente a argumentos decorrentes da sua jurisprudência anterior (e.g., *Consten*) para distinguir as situações de proteção territorial absoluta, e a considerações de *legitimidade* da restrição à luz dos valores cuja proteção se cuidava, no caso, a inovação tecnológica, para a exclusão do âmbito de aplicação do n.º 1; já a previsão de uma proteção territorial absoluta, enquadrada desde logo no n.º 1, seria razão suficiente para justificar a recusa de concessão de uma exceção à luz do n.º 3⁸⁰¹, consolidando a jurisprudência *Consten* no sentido de considerar como inadmissível qualquer acordo que limite ou restrinja o comércio paralelo, e pondo em destaque o objetivo de integração dos mercados nacionais que subjaz à previsão das regras de concorrência no Tratado⁸⁰².

A idêntica conclusão chegaria o Tribunal no Acórdão *Louis Erauw*⁸⁰³, num processo de reenvio relativo à compatibilidade com o artigo 101.º do Tratado de um conjunto de cláusulas de um acordo de multiplicação de sementes para a produção de cereais, entre a sociedade belga *Louis Erauw-Jacquery* e a cooperativa *La Hesbignonne*, nos termos do qual resultaria, entre outros, a proibição de revenda, pela cooperativa, das sementes em causa a negociantes ou outros intermediários, ou a sua exportação a partir do mercado belga, bem como a imposição de preços mínimos de revenda.

⁸⁰¹ Cf. n.º 78: “It follows that the absolute territorial protection conferred on the licensee, as established to exist by the contested decision, constituted a sufficient reason for refusing to grant an exemption under Article 85 (3) of the Treaty”. Ver (KORAH, 1983), que argumenta que esta decisão teria por efeito diminuir a concessão de licenças, uma vez que o efeito útil da proteção tida como constituindo uma justificação legítima sairia gorado pela não imposição de limites à atuação de terceiros (p. 735-736). Com efeito, a Autora contende com a abordagem que resulta desda análise do Tribunal, uma vez que as restrições territoriais deveriam ser analisadas à luz dos investimentos necessários para a comercialização do produto em causa, bem como da presunção de que qualquer limitação do comércio paralela constitui um impedimento à integração do mercado único.

⁸⁰² Ver, igualmente, a posição assumida no Acórdão *IAZ*.

⁸⁰³ Acórdão de 19.4.1988, *SPRL Louis Erauw-Jacquery c. La Hesbignonne*, 27/87, EU:C:1988:183, adiante “Acórdão *Louis Erauw*”.

Seguindo de perto a argumentação do Acórdão *Nungesser*, o Tribunal recorda que o investimento necessário ao desenvolvimento de sementes de base⁸⁰⁴ pode implicar custos consideráveis, o que legitimamente justifica a imposição de condições que impeçam a manipulação do produto, como tal “o obtentor deve dispor do direito de reservar a multiplicação aos negociantes preparadores que tenha selecionado para titulares da licença. Nesta medida, a cláusula que proíbe ao titular da licença a venda e a exportação das sementes de base não está sujeita à proibição prevista no n.º 1 do artigo 85.º do Tratado”⁸⁰⁵. Assim, porque a obtenção dessas sementes depende de custos consideráveis, e porque a garantia do cuidado na sua manipulação é um fator legítimo, o obtentor (titular originário) pode selecionar os preparadores. O encargo financeiro e a garantia da qualidade do produto – que, recordando *Nungesser*, se não forem devidamente acautelados, terão por consequência a redução da propagação do produto – são considerações que, legitimando a imposição de restrições, afastam esta cláusula do âmbito de aplicação do n.º 1.

Também no seu Acórdão *AEF-Telefunken*⁸⁰⁶, o Tribunal sublinha o reconhecimento de certas *exigências legítimas* no quadro de sistemas de distribuição seletiva, que podem justificar a redução da concorrência relativamente ao fator preço, desde que aumentem ou favoreçam a concorrência em relação a outros fatores⁸⁰⁷, adotando assim uma abordagem holística à aplicação do artigo 101.º, n.º 1 que implica carrear para a análise da proibição

⁸⁰⁴ Note-se, todavia, não estar em causa um “novo” produto, como no caso das sementes INRA objeto do processo *Nungesser*.

⁸⁰⁵ Acórdão *Louis Erauw*, n.º 10.

⁸⁰⁶ Acórdão *AEF-Telefunken*, de 25.10.1983, e que o Tribunal mais tarde citará como precedente no Acórdão *Pierre Fabre*.

⁸⁰⁷ Cf. Acórdão *AEF-Telefunken*, n.º 33, final, e n.º 34: “systems of selective distribution, in so far as they aim at the attainment of a legitimate goal capable of improving competition in relation to factors other than price, therefore constitute an element of competition which is in conformity with Article 85(1). The limitations inherent in a selective distribution system are however acceptable only on condition that their aim is in fact an improvement in competition in the sense above mentioned. otherwise they would have no justification inasmuch as their sole effect would be to reduce price competition”.

uma ponderação do elemento concorrencial positivo que, de outra maneira, deveria ser realizada ao abrigo do n.º 3. Este balanceamento torna-se tão mais evidente quando o Tribunal afasta expressamente a compatibilidade de condições relativas à previsão de preços de revenda mínimos, uma vez que os mesmos eram justificados apenas à luz da vantagem em garantir uma margem de lucro suficiente para os distribuidores⁸⁰⁸.

O que está em causa nesta conclusão do Tribunal não é uma simples imposição de uma restrição da liberdade do distribuidor na fixação do seu preço de revenda, uma vez que o Tribunal admite essa mesma possibilidade à luz da concorrência nos fatores relativos à qualidade dos serviços prestados no âmbito de um sistema de seleção dos membros da rede de distribuição que assente em características qualitativas⁸⁰⁹, as quais só seriam possíveis de manter caso se garanta uma margem de lucro apropriada; assim, *“a manutenção de um determinado nível de preços é lícita, mas apenas na medida em que seja estritamente justificada pelos requisitos de um sistema no qual a concorrência continue a garantir as funções que lhe são atribuídas pelo Tratado. De facto, o objeto de um sistema dessa natureza é exclusivamente garantir a melhoria da concorrência, na medida em que se relacione com outros fatores para além do preço, e não como garantia de uma margem de lucro mais elevada para os revendedores selecionados”*⁸¹⁰.

⁸⁰⁸ Cf. Acórdão AEG-Telefunken, n.º. 43.

⁸⁰⁹ Cf. Acórdão AEG-Telefunken, n.º. 42.

⁸¹⁰ Como o Tribunal explicita adiante (n.º. 72), procurando clarificar esta posição – em especial uma exatável dificuldade de demonstração do objeto prosseguido pela imposição de preços de revenda –, é dada especial relevância a certos documentos apreendidos pela Comissão em inspeções nas empresas envolvidas dos quais resulta, por um lado, a percepção da AEG sobre a essencialidade da manutenção de margens de lucro elevadas para sustentar os critérios de qualidade expectáveis na sua rede de distribuidores e, por outro lado, que distribuidores que não atingissem tais margens de lucro (por não respeitarem os preços de revenda impostos) não poderiam de forma alguma disponibilizar os serviços dispendiosos associados à sua rede de distribuição. Como conclui o Tribunal, *“that attitude cannot be regarded as being in keeping with a correct application of the selective distribution system, since the maintenance of a minimum profit margin for traders cannot in any case be, as such, one of the objects pursued by means of such a system”*. Assim e a não ser que se demonstre que a imposição de preços (ou de margens) é necessária para garantir a qualidade dos serviços inerente a um sistema de distribuição seletiva, tal imposição não pode deixar de ser considerada proibida pelo artigo 101.º, n.º 1.

O que permite ao Tribunal concluir pela exclusão de restrições materiais da concorrência do campo de aplicação do artigo 101.º, n.º 1, ao invés de, designadamente, procurar enquadrar a sua justificação no n.º 3 da mesma disposição, é a avaliação do contexto em que se enquadra a referida restrição, construindo com base nisso um balanceamento dos aspetos positivos decorrentes ou consequentes à restrição que permite afastar a proibição; mas não permite, todavia, identificar uma clara linha de orientação para o futuro, ao esbater as fronteiras da divisão entre proibição/justificação que encontramos no artigo 101.º e levando à conclusão que à luz do contexto jurídico e económico, determinadas restrições da concorrência – como a proteção territorial ou a possibilidade de exclusão de operadores – não o são para efeitos de aplicação do n.º 1. O que dificulta, de sobremaneira, a identificação de categorias de comportamentos que são, *sempre*, restrições da concorrência proibidas pelo n.º 1.

Compara-se, por exemplo, a posição do Tribunal nos Acórdãos *Nungesser* ou *Louis Erauw* com aquela outra assumida nos acórdãos *Chemiefarma* ou *IAZ*, que analisámos anteriormente. Em qualquer um destes processos, as partes alegam causas de justificação inerentes à adoção de uma restrição da concorrência; em todos, a Comissão considera verificarem-se restrições da concorrência proibidas pelo artigo 101.º, n.º 1; todavia, o Tribunal considera existir margem de distinção de comportamentos restritivos para efeitos de aplicação do n.º 1 nos dois primeiros (distinguindo a proteção territorial absoluta da relativa, ou admitindo que o originador tem o direito de escolher e determinar quem, a jusante, pode ser admitido a propagar as sementes por si desenvolvidas), afastando liminarmente tais alegações nos dois últimos. Enquanto em *Chemiefarma* e *IAZ* o propósito das partes identificado pelo Tribunal fosse, ele próprio, uma restrição da concorrência, em *Nungesser* e *Louis Erauw*, é o propósito das partes que

subjaz à restrição da concorrência que permite a sua exclusão do campo de aplicação do n.º 1⁸¹¹.

Como referem alguns autores⁸¹², as decisões do Tribunal em *Nungesser* ou *Louis Erauw* não devem ser entendidas como precedentes adequados para a necessidade de apreciação dos efeitos positivos de um acordo restritivo da concorrência no quadro da aplicação do n.º 1. Todavia, entendemos que não é disso que se trata. Com efeito, o Tribunal não aprecia as consequências positivas ou negativas do acordo na determinação do que constitui (nos casos *Chemiefarma* ou *IAZ*), ou não (*Nungesser* ou *Louis Erauw*), uma restrição da concorrência.

Não se verifica, por isso, uma confusão entre objeto e efeito nesta delimitação professada pelo Tribunal do campo de aplicação do n.º 1 perante determinados argumentos apresentados pelas partes para justificação da sua conduta restritiva, mas sim em cada caso, a determinação dos factos e do contexto que preside a cada restrição, e com base nesse exercício concluindo pela identificação de uma restrição. E, subjacente a tal exercício, uma clara e recorrente rejeição do Tribunal da existência de uma classificação de comportamentos que devem, sempre, ser considerados proibidos pelo n.º 1, sem se atentar em primeiro lugar ao contexto que preside à sua adoção, o que é diferente da apreciação do efeito da restrição⁸¹³.

⁸¹¹ Note-se, ainda assim, que a Comissão manteve a sua posição quanto à identificação de uma restrição da concorrência no caso das restrições territoriais relativas ou “abertas”, mesmo após a decisão do Tribunal em *Nungesser* (ver, por exemplo, a Decisão *Moosehead/Whitbread*).

⁸¹² Ver, e.g., (FAULL et al., 2014, p. 237 e ss.), chamando à atenção que o que permite ao Tribunal chegar a estas conclusões são os factos do caso, e que não prejudica a posição assumida em *Consten*.

⁸¹³ Há, todavia, um ponto que permite alguma dúvidas quanto à linearidade da jurisprudência do Tribunal na adoção destas decisões, uma vez que a avaliação do contexto que permite soluções díspares perante uma alegação de objetivo legítimo num caso concreto pode reconduzir a apreciação do objetivo do acordo à intenção das partes, gerando por isso um conflito interno na jurisprudência do Tribunal quando este reclama uma apreciação *objetiva* do objeto restritivo da concorrência. Com efeito, em *Nungesser* o Tribunal aprecia o propósito subjacente à restrição territorial introduzida; o mesmo em *Louis Erauw*, onde a intenção subjacente é igualmente ponderada na apreciação da natureza restritiva da conduta. Todavia, não cremos que tal permita

3. O TRIBUNAL DE JUSTIÇA E A SUA ‘ABORDAGEM MAIS ECONÓMICA’ NA DETERMINAÇÃO DE UMA RESTRIÇÃO DA CONCORRÊNCIA PELO OBJETO

O Tribunal desde cedo foi recetivo às críticas apresentadas à posição excessivamente formalista da Comissão no que respeita ao preenchimento dos requisitos da proibição, adotando uma abordagem de maior razoabilidade, aos acordos e práticas concertadas que, à luz da análise da Comissão, seriam consideradas proibidas, adotando, logo em 1966 a partir de *Société Technique Minière*, e no desenvolvimento jurisprudencial do conceito de restrição da concorrência pelo objeto, uma “abordagem mais económica”, quarenta anos antes desta expressão entrar no léxico do Direito europeu da concorrência com o Livro Branco de 1999, ao impor a consideração necessária do contexto jurídico e económico de um acordo de modo a determinar o seu objeto restritivo⁸¹⁴.

concluir – como faz, e.g., (ODUDU, 2001b) – pela necessidade de identificação de uma intenção subjectiva como elemento necessário do objeto restritivo da concorrência na jurisprudência do Tribunal, mas pela identificação do propósito das partes à luz do contexto em que o mesmo ocorre, e que enquadra a posição do Tribunal perante alegações pertinentes ao objetivo legítimo da restrição.

⁸¹⁴ A consideração do contexto jurídico e económico em que o acordo se insere é, em nossa opinião, o elemento individual mais relevante na jurisprudência do Tribunal de Justiça sobre restrições da concorrência pelo objeto, muito embora o exato conteúdo desta análise contextual seja relativamente fluído em face da restrição ser mais ou menos manifesta no seu impacto negativo. Assim, ver (WAELEBROECK & SLATER, 2013, p. 132 e ss.). De modo elucidativo, o Advogado-geral Ján Mazák, nas suas conclusões de 3.3.2011, *Pierre Fabre* (EU:C:2011:113), n.º 26-27, refere que “o objetivo anticoncorrencial de um acordo não pode ser estabelecido apenas pela utilização de uma fórmula abstracta. Assim, embora determinadas formas de acordo, pela experiência passada, pareçam ser *prima facie* infracções por objetivo, nem a Comissão nem a autoridade nacional da concorrência estão liberadas de realizar uma apreciação individual de um acordo. Considero que tal apreciação não pode ser totalmente dispensada, mesmo que possa ser bastante incompleta em determinados casos, como por exemplo, quando existem elementos evidentes de que um cartel horizontal procura dominar a produção para manter os preços.” Também o Tribunal de Justiça veio repetir esta noção, designadamente no seu Acórdão *Toshiba*, n.º 28-29: “acordos relativos à repartição dos mercados constituem violações particularmente graves da concorrência (v., neste sentido, acórdãos *Solvay Solexis/Comissão*, C-449/11 P, EU:C:2013:802, n.º 82, e *IKK e o./Comissão*, C-408/12 P, EU:C:2014:2153, n.º 26). O Tribunal de Justiça também considerou que os acordos que visam a repartição dos mercados têm um objetivo restritivo da concorrência por si mesmos e estão abrangidos por uma categoria de acordos expressamente proibida pelo artigo 101.º, n.º 1, TFUE, não podendo esse objetivo ser justificado pela análise do contexto económico no qual o comportamento anticoncorrencial em causa se insere

Do que se trata, pois, não é a adoção de uma determinada conceção da tipologia de condutas que devem ser objeto de proibição, análoga à *object box* ou ao catálogo de proibições *per se* no Direito *Antitrust* norte-americano, nem no extremo oposto, a imposição da *análise de efeitos* como elemento necessário do preenchimento da proibição. Afastando-se da conceção formalista proposta pela Comissão, o Tribunal de Justiça definirá desde cedo que qualquer forma de coordenação empresarial apenas poderá ser considerada uma restrição da concorrência após devida análise do seu teor, dos seus objetivos ou propósitos, e do contexto jurídico e económico em que se insere.

No decurso do ano de 1966, o Tribunal de Justiça foi chamado a decidir um conjunto de processos promovidos a título de recurso de impugnação de atos da Comissão e de reenvios prejudiciais de jurisdições nacionais em matéria de aplicação das regras de concorrência previstas no Tratado e no regulamento processual adotado em 6 de fevereiro de 1962, o Regulamento 17/62, com especial enfoque nas regras relativas à notificação prévia de acordos e à competência da Comissão em declarar a aplicação das condições de isenção a acordos concretos⁸¹⁵.

Essa jurisprudência inicial, desencadeada com o Acórdão *Société Technique Minière*, permitirá ao Tribunal definir os elementos essenciais da determinação de uma restrição da concorrência para efeitos da aplicação do artigo 101.º.

(acórdão *Siemens e o./Comissão*, C-239/11 P, C-489/11 P e C-498/11 P, EU:C:2013:866, n.º 218). No que se refere a tais acordos, a análise do contexto económico e jurídico no qual a prática se insere pode assim limitar-se ao que se revele estritamente necessário para concluir pela existência de uma restrição da concorrência por objetivo.” Notamos como estas referências colocam a análise do contexto jurídico e económico em que se insere um acordo num plano metodológico análogo ao que encontramos no sistema norte-americano quando se trata de adjudicar entre a proibição *per se* e a aplicação da *rule of reason*, seja através de uma *análise rápida* (“*quick look*”) ou de uma *escala variável* (“*sliding scale*”), como proposto por (AREEDA & HOVENKAMP, 2010, p. 1507). Também (WHISH & BAILEY, 2015, p. 133) se referem ao *quick look* na avaliação do contexto jurídico e económico na determinação do objeto restritivo da concorrência.

⁸¹⁵ Ver Acórdão *Itália c. Conselho e Comissão*, Acórdão *Consten e Acórdão Société Technique Minière*, já citados.

Confrontado com uma cláusula de fornecimento exclusivo – que à luz da prática decisória da Comissão seria necessariamente considerada uma restrição da concorrência – o Tribunal opta por uma abordagem pragmática, construindo a sua resposta em torno da distinção entre *objeto* e *efeito* restritivos, que classifica como requisitos alternativos e não cumulativos e orientando o intérprete quanto ao modo de aplicação do artigo 101.º, n.º 1, determina que “*o referido preceito, repousando, assim, sobre uma apreciação das repercussões do acordo sob dois aspetos resultantes de uma avaliação económica [a afetação do comércio entre Estados e a restrição da concorrência], não poderá ser interpretado como introduzindo qualquer juízo prévio em relação a uma categoria de acordos determinada pela sua natureza jurídica*”⁸¹⁶.

Não se tratando da adoção de uma qualquer escola de pensamento económico⁸¹⁷, o Tribunal deixa claro que um acordo só pode ser considerado como uma restrição da concorrência se do mesmo resultar, no quadro real em que se insere, uma coordenação empresarial que seja apta a restringir a concorrência. De seguida, o impacto na concorrência (“*as alterações na concorrência*” a que se refere o Tribunal) deve ser aferido à luz do objeto do próprio acordo, ou de algumas das suas cláusulas, “*tendo em conta o contexto económico no qual se integra*”⁸¹⁸. Porém, se a análise das suas cláusulas não revelar um grau suficiente de perniciosidade em relação à concorrência, haverá então que examinar os efeitos do acordo e determinar se a concorrência foi de facto impedida, restringida ou falseada⁸¹⁹.

⁸¹⁶ Acórdão *Société Technique Minière*, p. 386.

⁸¹⁷ Com efeito, o Tribunal de Justiça teve sempre uma clara preocupação em não ancorar o seu pensamento sobre a noção de “concorrência” ou “restrição da concorrência” numa qualquer definição fechada proposta por qualquer escola de pensamento económico, procurando apenas exprimir a sua conceção em termos relativamente difusos, como “*workable competition*” ou *concorrência eficiente*, conjugando-a com os objetivos gerais do Tratado, designadamente a garantia da integração económica dos mercados. Neste sentido, ver o Acórdão *Metro I*, já citado.

⁸¹⁸ Acórdão *Société Technique Minière*, loc. cit.

⁸¹⁹ O que não implica que a determinação do objeto restritivo seja condição necessária para a avaliação do efeito restritivo. Em bom rigor, uma apreciação sistemática do acordo à luz do artigo 101.º, n.º 1 deveria implicar uma abordagem em duas etapas, primeiro avaliando o objeto do

Nestes termos, um contrato que contenha uma cláusula que atribui um direito exclusivo de venda não reúne “*pela sua simples natureza, os elementos constitutivos da incompatibilidade com o mercado comum*”, muito embora possa,

acordo e depois, na ausência de um grau de perniciosidade suficiente para a concorrência resultante dos seus termos ou do seu objeto (ou, até, da não identificação de qualquer objeto restritivo da concorrência), a subsequente avaliação dos efeitos. Este esquema de análise é proposto, designadamente, pelo Advogado-geral Giuseppe Tesauro, nas suas conclusões de 16.6.1994, *Gøttrup-Klim*, (EU:C:1994:249), n.º 16: “*é necessário, para apreciar se determinado acordo é abrangido pelo âmbito da proibição prevista no n.º 1 do artigo 85.º, proceder à análise em duas fases sucessivas. Num primeiro momento, é necessário verificar se o acordo, pelo seu objeto, contém qualquer restrição à concorrência. Para este efeito, é indispensável analisar os objetivos prosseguidos pelo próprio acordo, à luz do contexto económico em que deve aplicar-se. Se o acordo tiver por objeto restringir a concorrência na aceção do n.º 1 do artigo 85.º, deve ser de imediato considerado proibido, sem necessidade de analisar os seus efeitos. Se o objeto do acordo não falsear a concorrência, é necessário passar à segunda fase da análise, tomando em consideração os efeitos que o acordo é, efetivamente, susceptível de provocar na concorrência*”. O facto de se determinar que uma prática não tem um objeto restritivo da concorrência impõe a avaliação do efeito restritivo, mas a Comissão não está impedida de concluir pela existência de um efeito restritivo, mesmo que não aprecie se o acordo restringe a concorrência pelo objeto. Embora invulgar, esta foi a posição assumida no processo relativo às comissões interbancárias multilaterais do sistema de pagamentos com cartão *MasterCard* (Decisão da Comissão *Mastercard*, já citada), onde a Comissão concluiu pela desnecessidade de avaliar o objeto restritivo da concorrência à luz dos manifestos efeitos restritivos por si identificados (numa interessante transposição da linguagem normalmente associada às restrições da concorrência pelo objeto); note-se que nas anteriores decisões sobre acordos relativos à fixação de comissões interbancárias multilaterais, no sistema *Visa*, a Comissão havia concluído expressamente pela inexistência de um objeto restritivo da concorrência (cf. Decisão da Comissão *Visa II*, já citada). De igual modo, o facto de se concluir que uma prática tem um objeto restritivo da concorrência não deve, por si só, precluir a determinação dos efeitos. Com efeito, à luz da decisão do Tribunal de Justiça no Acórdão *Groupement des Cartes Bancaires*, questionamos mesmo se a avaliação dos efeitos restritivos de um determinado acordo para imputação da prática *também* pelo seu efeito restritivo não deve acompanhar, até por razões cautelares, a apreciação do objeto, em particular quando não se trate de restrições pelo objeto manifestas. Na Decisão da Comissão *Groupement des Cartes Bancaires*, já citada, a Comissão concluiu que as decisões do *Groupement* constituíam restrições da concorrência pelo objeto e pelo efeito; em recurso, o Tribunal Geral bastou-se com a identificação do objeto restritivo e, à luz da jurisprudência do Tribunal de Justiça no Acórdão *Consten*, absteve-se de avaliar as conclusões da Comissão em matéria de efeitos. O Tribunal de Justiça, concluindo que a infração em causa não preenchia as condições para ser considerada uma restrição pelo objeto, e impedido de se pronunciar sobre a apreciação dos efeitos verificados pela Comissão, teve de devolver o processo ao Tribunal Geral para que os efeitos fossem reavaliados. O Tribunal Geral acabaria por se pronunciar quanto à decisão da Comissão imputando uma restrição da concorrência pelo efeito ao *Groupement* apenas recentemente, no Acórdão do Tribunal Geral *Groupement des Cartes Bancaires c. Comissão*.

“em função de uma situação de facto determinada ou de cláusulas especiais, reunir esses elementos”⁸²⁰.

Tais elementos, que deverão ser adequados ao caso concreto, anunciam a predisposição do Tribunal em apreciar os acordos não em abstrato, como meras categorias normativas, mas à luz do contexto económico em que se inserem, e apenas aí avaliar a sua natureza restritiva⁸²¹.

⁸²⁰ Cf. Acórdão *Société Technique Minière*, parte operativa, p. 389.

⁸²¹ Aqui, o Tribunal apela aos seguintes elementos: “o rigor das cláusulas constitutivas da exclusividade, a natureza e a quantidade dos produtos que são objeto do acordo, a posição do concedente e a do concessionário no mercado dos produtos em causa e o número de intervenientes no acordo ou, se necessário, noutros acordos que façam parte da mesma rede”. Cf. Acórdão *Société Technique Minière*, parte operativa, p. 390. Confronte-se esta descrição do contexto a ter em conta na avaliação jusconcorrencial, com a que encontramos no Acórdão *Allianz Hungária*, n.º 36: “No âmbito da apreciação do referido contexto, há também que tomar em consideração a natureza dos bens ou dos serviços afetados e as condições reais do funcionamento e da estrutura do mercado ou dos mercados em causa”, ou com a que encontramos no Acórdão *Toshiba*, n.º 28 e, em esp., n.º 29: “no que se refere a tais acordos, a análise do contexto económico e jurídico no qual a prática se insere pode assim limitar-se ao que se revele estritamente necessário para concluir pela existência de uma restrição da concorrência por objetivo”. Estes três exemplos, de um acordo vertical (no Acórdão *Société Technique Minière*), de um complexo de acordos horizontais e verticais (no Acórdão *Allianz Hungária*), e de um acordo horizontal de repartição de mercados (no Acórdão *Toshiba*), dão bem a medida do diapasão empregue pelo Tribunal na consideração dos elementos necessários para a concretização do contexto jurídico e económico em que se insere um acordo de modo a determinar se o mesmo constitui uma restrição da concorrência pelo objeto: a sua análise é sempre necessária, mas os elementos que devem ser objeto dessa avaliação variam consoante as circunstâncias de facto em que se deve aplicar. Podemos encontrar um lugar paralelo no sistema norte-americano e na imagem da *escala variável* de AREEDA & HOVENKAMP na adjudicação de restrições às categorias de proibição *per se* ou de aplicação da *rule of reason*, a que aludimos anteriormente. Assim, em *California Dental Association*, o Supremo Tribunal conclui pela inexistência de uma linha de demarcação clara entre as restrições óbvias em relação às quais se pode presumir com segurança um efeito negativo, e os acordos cujo impacto é menos claro e que, portanto, merecem uma análise mais detalhada: “As the circumstances here demonstrate, there is generally no categorical line to be drawn between restraints that give rise to an intuitively obvious inference of anticompetitive effect and those that call for more detailed treatment. What is required, rather, is an enquiry meet for the case, looking to the circumstances, details and logic of a restraint. The object is to see whether the experience of the market has been so clear, or necessarily will be, that a confident conclusion about the principal tendency of a restriction will follow from a quick (or at least quicker) look, in place of a more sedulous one” (*California Dental Association v. FTC*, 526 U.S. 756, 780). Ver, igualmente, as *Antitrust Guidelines for Collaborations Among Competitors*, aprovadas em abril de 2000 pela *Federal Trade Commission* e pelo *Department of Justice*, p. 3-4: “Two types of analysis are used by the Supreme Court to determine the lawfulness of an agreement among competitors: *per se* and *rule of reason*. Certain types of agreements are so likely to harm competition and to have no significant procompetitive benefit that they do not warrant the time and expense required for particularized inquiry into their effects. Once identified, such agreements are challenged as *per se* unlawful. All other agreements are

Para que se trate de uma restrição da concorrência pelo objeto, a análise das cláusulas deverá revelar um grau suficiente de nocividade em relação à concorrência; caso essa nocividade não seja revelada, *“há que examinar então os efeitos do acordo e, para que o mesmo possa ser objeto de a proibição, exigir a reunião dos fatores que determinam que a concorrência foi de facto impedida, restringida ou falseada de forma apreciável. A concorrência deve, neste caso, ser apreciado no quadro real em que se produziria se não existisse o acordo controvertido”*⁸²².

evaluated under the rule of reason, which involves a factual inquiry into an agreement's overall competitive effect... Rule of reason analysis entails a flexible inquiry and varies in focus and detail depending on the nature of the agreement and market circumstances. The Agencies focus on only those factors and undertake only that factual inquiry, necessary to make a sound determination of the overall competitive effect of the relevant agreement. Ordinarily, however, no one factor is dispositive in the analysis.”.

⁸²² Acórdão *Société Technique Minière*, p. 388. Compare-se esta conclusão com o Acórdão *Groupement des Cartes Bancaires*, n.º 56 e 57: *“Há que reconhecer que, ao pronunciar-se deste modo, o Tribunal Geral, em parte, ignorou a jurisprudência do Tribunal de Justiça e, portanto cometeu erros de direito no que toca à definição dos critérios jurídicos pertinentes para apreciar a existência de uma restrição da concorrência ‘por objetivo’ na aceção do artigo 81.º, n.º 1 CE. Com efeito, por um lado, no n.º 125 do acórdão recorrido, o Tribunal Geral quando definiu o conceito de restrição da concorrência ‘por objetivo’ na aceção desta disposição, omitiu a referência à jurisprudência constante do Tribunal de Justiça indicada nos n.ºs 49 a 52 do presente acórdão, ignorando, assim, que o critério jurídico essencial para determinar se uma coordenação entre empresas comporta tal restrição da concorrência ‘por objetivo’ reside na constatação de que essa coordenação apresenta, em si mesma, um grau suficiente de nocividade para a concorrência.”* Retomando a metodologia de análise sistemática proposta na opinião do Advogado-geral Tesouro em *Gøttrup-Klim*, já citada, uma vez determinado que o acordo, à luz do contexto económico e jurídico em que se insere, *comporta em si mesmo um grau suficiente de nocividade para a concorrência*, deverá concluir-se pela existência de uma restrição da concorrência pelo objeto, e o mesmo deverá ser considerado proibido pelo artigo 101.º, n.º 1. A avaliação do grau suficiente de nocividade, todavia, não deixa de suscitar as maiores incertezas. Acordos que tenham unicamente como objetivo a restrição da concorrência entre as empresas envolvidas, ou entre estas e concorrentes terceiros, como acordos de repartição de mercados ou de fixação de preços, designados nas comunicações da Comissão como acordos de “cartel”, poderão ser mais facilmente classificados como restrições da concorrência pelo objeto; coordenações mais complexas, quer pela natureza dos arranjos contratuais em causa (e.g., os acordos entre as seguradoras e os concessionários-reparadores automóveis objeto do Acórdão *Allianz Hungária*), ou pela estrutura dos mercados em causa (e.g., as relações entre o mercado da emissão de cartões de pagamento e o mercado da aceitação de pagamentos com cartões de pagamento, avaliadas no Acórdão *Groupement des Cartes Bancaires*), poderão suscitar maior dificuldade analítica, em especial por concitarem uma avaliação contextual de tal modo completa que, em bom rigor, se correrá o risco de o nível exegético necessário extravasar o objetivo restritivo do acordo e passar a considerar o impacto do acordo no mercado e, assim, o seu *efeito*. Em tais circunstâncias, questionar-se-á se o resultado lógico da necessidade de uma avaliação mais

Esta orientação inicial, que deixa clara a distinção entre restrições por objeto e efeito, e define as metodologias como cada uma destas classificações deverá ser apurada no caso concreto, deverá ainda ser avaliada em conjunto com outros dois acórdãos, quase contemporâneos a *Société Technique Minière*, onde o Tribunal aproveitará para aprofundar o quadro orientador de interpretação e aplicação do conceito de restrição da concorrência e de determinação do objeto ou do efeito restritivo da concorrência. Na apreciação dos processos em causa (*Itália c. Conselho e Comissão* e *Consten*⁸²³), o Tribunal de Justiça definiria os elementos essenciais da jurisprudência na definição e concretização do conceito de restrição da concorrência pelo objeto e da sua posição na economia do artigo 101.º, n.º 1 do Tratado, como o Tribunal repetidamente reiterará na sua jurisprudência⁸²⁴.

Esta orientação jurisprudencial seria retomada e consolidada posteriormente, não apenas na jurisprudência do Tribunal de Justiça, mas também pelo Tribunal Geral.

Criado em 1989 como primeira instância de recurso para as decisões de aplicação do artigo 101.º pela Comissão, e passando desde então a ser a única instância de plena jurisdição em matéria de aplicação das regras de concorrência pela Comissão⁸²⁵, o Tribunal Geral passou a arvorar-se como instância, senão especializada, pelo menos referencial em matéria de apreciação jurisdicional do

detalhada do contexto não deveria ser o afastamento de um objeto restritivo *qua tal*, impondo em contrapartida a necessidade de apurar os efeitos concretos daquele acordo no mercado. Esta complexidade é agravada ainda pela ausência de univocidade quanto aos bens jurídicos tutelados pelas regras de concorrência do Tratado, flutuando entre a garantia da integração dos mercados nacionais (e.g., Acórdão *GlaxoSmithKline*), e a tutela da autonomia empresarial (e.g., Acórdão *T-Mobile*), como referimos anteriormente.

⁸²³ Para além dos três acórdãos referidos, merecem especial relevo as conclusões do Advogado-geral Karl Roemer apresentadas nos três processos, de 22.3.1966 (*Itália c. Conselho e Comissão*); de 23.3.1966 (*Société Technique Minière*) e de 27.4.1966 (*Consten*), já citadas.

⁸²⁴ Ver, e.g., Acórdão *T-Mobile*, n.º 28.

⁸²⁵ Dos acórdãos do Tribunal Geral apenas se pode recorrer para o Tribunal de Justiça sobre questões de interpretação ou aplicação do Direito, não sobre questões de facto.

Direito da concorrência na União; mantendo todavia intocada a competência do Tribunal de Justiça relativamente à interpretação das normas de concorrência do Tratado, designadamente no âmbito de pedidos prejudiciais pelos órgãos jurisdicionais nacionais e como instância de recurso superior em questões de direito, a dialética em que assenta o desenvolvimento e consolidação do Direito da concorrência na União Europeia (o diálogo institucional entre a Comissão e o Tribunal do Luxemburgo) desloca o seu ponto fulcral para o Tribunal Geral. As suas decisões assumem por isso especial importância na avaliação da jurisprudência europeia sobre o conceito de restrição da concorrência pelo objeto, mas colocam o enfoque no desenvolvimento de um diálogo institucional, destafeita entre as duas instâncias jurisdicionais do Luxemburgo.

Como tal, em *M6*, o Tribunal Geral sublinha que os acórdãos que viriam a consolidar a jurisprudência do Tribunal de Justiça desenvolvida a partir de *Société Technique Minière* “inscrevem-se... numa corrente jurisprudencial mais ampla, segundo a qual não há que considerar, de modo completamente abstrato e indistinto, que todo e qualquer acordo que restrinja a liberdade de cação das partes ou de uma delas cai necessariamente no âmbito da proibição fixada no artigo 85.º, n.º 1 do Tratado. Com efeito, é necessário, para efeitos de análise da aplicabilidade desta disposição a um acordo, ter em conta o quadro económico e jurídico em que operam as empresas em causa, a natureza dos produtos e/ou serviços visados por esse acordo e as condições reais do funcionamento e da estrutura do mercado”⁸²⁶.

Este acórdão caracteriza bem a separação de águas, entre por um lado a apreciação formalista da Comissão na avaliação de restrições da concorrência – impondo uma análise de matriz económica, *substantiva*, ao contexto em que se insere qualquer acordo, e afastando o preconceito operativo de que qualquer acordo que restrinja a liberdade de cação de uma empresa deve ser considerado, *ipso facto*, uma restrição da concorrência – sem, todavia, deixar de afastar esta leitura “flexível” de uma eventual subsunção da interpretação da proibição do n.º

⁸²⁶ Acórdão do Tribunal Geral *M6*, n.º 76.

1 à *rule of reason*, recordando que esses mesmos acórdãos “*não podem ser interpretados como consagrando a existência de uma ‘rule of reason’ em direito comunitário da concorrência*”⁸²⁷; assim, sublinhando a originalidade ou *singularidade* do Direito europeu da concorrência, resultado, também, da necessidade de atribuir um sentido útil à separação originária entre a regra da proibição e a cláusula de justificação.

Esta clareza na definição da posição jurisprudencial tem três consequências jurídicas relevantes:

Primus, qualquer forma de coordenação empresarial pode ser considerada uma restrição da concorrência pelo objeto, se a análise do seu teor, dos objetivos prosseguidos e do contexto jurídico e económico em que se insere, assim o determinarem⁸²⁸.

⁸²⁷ O Tribunal Geral refere-se nesta passagem aos Acórdãos do Tribunal de Justiça *Société Technique Minière, Oude Luttikhuis* (Acórdão de 12.12.1995, *H.G.Oude Luttikhuis e o. c. Verenigde Cooperatieve Melkindustrie Coberco BA*, C-399/93, EU:C:1995:434, adiante “Acórdão *Oude Luttikhuis*”), *Nungesser, Coditel* (Acórdão de 6.10.1982, *Coditel SA c. Ciné-Vog Films e o.*, 262/81, EU:C:1982:334, adiante “Acórdão *Coditel*”), e *Delimitis*, e aos acórdãos do Tribunal Geral *VGB* (Acórdão do Tribunal Geral de 14.5.1997, *VGB e o. c. Comissão*, T-77/94, EU:T:1997:70, adiante “Acórdão do Tribunal Geral *VGB*”), e *European Night Services*.

⁸²⁸ O que contraria a noção de “expansão” da *object box*, que pressupõe um catálogo fechado de restrições desta natureza, ou da sua aplicação apenas às restrições *manifestas*, designadamente a fixação de preços, a partilha de mercados ou o control da produção. Como o Tribunal deixa claro no seu Acórdão *Pierre Fabre*, n.º 32, o artigo 101.º não se refere “ao conceito de restrição grave da concorrência” (não obstante, como vimos em *Toshiba*, cit., o próprio Tribunal recorrer a este conceito para descrever algumas restrições manifestas), mas sim aos conceitos de restrição da concorrência pelo objeto (ou por objetivo) ou de restrição da concorrência pelo efeito. Com isto, o Tribunal não pretende minorizar o impacto de umas infrações em relação a outras, mas tão-só deixar claro, quanto a nós, que essa qualificação não tem recorte ou consequência jurídica; todavia, o conceito de restrição grave da concorrência é regularmente empregue, em especial nos instrumentos de política de concorrência da Comissão Europeia. A este respeito, ver, e.g., a Comunicação *De Minimis*, de 2014, n.º 13: “a Comissão não aplicará o ‘porto seguro’ criado por esses limiares de quotas de mercado a acordos que contenham qualquer uma das restrições listadas como restrições graves (*hardcore*) no atual ou em futuros regulamentos relativos à retirada do benefício da isenção por categoria, que a Comissão considera que constituem, regra geral, restrições por objeto”; ver igualmente as Orientações relativas à aplicação do artigo 101.º, n.º 3, e.g., n.º 46: “é improvável que restrições graves da concorrência satisfaçam as condições do n.º 3 do artigo 81.º”. Em contrapartida, a posição do Tribunal no seu Acórdão *BIDS*, n.º 23, nos termos da qual “os tipos de acordo enunciados no artigo 81.º, n.º 1, alíneas a) a e), CE não formam uma lista taxativa dos conluíus proibidos”, deve ser conciliada com a seguinte afirmação no Acórdão *Groupement des Cartes Bancaires*, n.º 58: “sob pena de dispensar a Comissão do dever de provar os

Secundus, nenhum acordo em Direito europeu da concorrência se presume ilegal, pois nenhuma forma de coordenação, independentemente do seu objetivo e do maior ou menor grau de impacto concorrencial negativo *prima facie*, pode deixar de ser suscetível de justificação à luz do artigo 101.º, n.º 3⁸²⁹. Caberá, todavia, às empresas envolvidas numa forma de coordenação empresarial que seja apta a restringir a concorrência, ou que produza efeitos concorrenciais negativos, demonstrar o preenchimento dos critérios de atribuição de uma isenção individual.

Tertius, alguns acordos podem, não obstante do seu conteúdo resultarem materialmente restrições da concorrência, ser excluídos do campo de aplicação do artigo 101.º, n.º 1⁸³⁰.

efeitos concretos no mercado de acordos em que não está demonstrado que sejam, pela sua natureza, prejudiciais ao bom funcionamento do jogo normal da concorrência, o conceito de restrição da concorrência ‘por objetivo’ só pode ser aplicado a certos tipos de colusões entre empresas que revelem um grau suficiente de nocividade relativamente à concorrência para que se possa considerar que o exame dos seus efeitos não é necessário. A este propósito, é irrelevante a circunstância de que estes tipos de acordos previstos no artigo 81.º, n.º 1, CE não constituam uma lista taxativa de colusões proibidas”. Com efeito, qualquer forma de coordenação pode ser qualificada como restrição da concorrência pelo objeto, desde que revele um grau suficiente de nocividade relativamente à concorrência.

⁸²⁹ Assim, Acórdão do Tribunal Geral *Matra Hachette*, n.º 85: “o Tribunal observa que tal raciocínio pressupõe que existam alterações de concorrência que, por natureza, não sejam susceptíveis de ser isentas nos termos do artigo 85., n. 3. Noutros termos, como sublinha com razão a Comissão, tal raciocínio pressupõe admitida a existência de infracções per se, não susceptíveis de ser isentas, o que o direito comunitário da concorrência, cuja aplicabilidade está subordinada à existência de uma prática que tenha um objeto anticoncorrencial ou produza tal efeito sobre um mercado determinado, de forma alguma consagra. Pelo contrário, o Tribunal considera que, em princípio, não pode existir prática anticoncorrencial que, seja qual for a intensidade dos seus efeitos sobre um mercado determinado, não possa ser isenta, desde que as condições previstas no n. 3 do artigo 85. do Tratado estejam cumulativamente preenchidas e sob reserva de a prática em causa ter sido regularmente notificada à Comissão.”

⁸³⁰ A Advogada-Geral Trstenjak, nas suas conclusões de 4.9.2008, *BIDS* (EU:C:2008:467), n.º 51-53, resume as seguintes situações onde a possibilidade de existir uma restrição da concorrência deve ser negada: “O primeiro grupo de hipóteses abrange situações em que uma restrição da liberdade de as empresas determinarem a sua política no mercado de forma autónoma não tem qualquer efeito relevante para a concorrência. Tal pode ser o caso quando é duvidoso que as empresas participantes no acordo estejam em concorrência. Outro exemplo são os casos em que é duvidoso que exista sequer uma concorrência suficiente que possa ser restringida através do acordo. O segundo grupo de hipóteses abrange situações nas quais um acordo é ambivalente do ponto de vista dos seus efeitos na concorrência. Se um acordo visa um objetivo de promoção da

4. O CONCEITO DE “RESTRIÇÃO DA CONCORRÊNCIA PELO OBJETO” E OS OBJETIVOS DO DIREITO EUROPEU DA CONCORRÊNCIA

Convirá recordar que o Tribunal alguma vez admitiu a possibilidade de se estreitar o leque de objetivos do Direito europeu da concorrência, e da proibição do artigo 101.º, n.º 1 em particular, em torno da defesa da eficiência económica ou do bem-estar do consumidor, como nos casos concretos que são levados ao seu juízo deixa bem claro que esta não é a principal preocupação das regras do Tratado⁸³¹, e reiteradamente coloca na esfera das empresas o dever de alegar e demonstrar o preenchimento das condições do balanço económico⁸³².

concorrência tal como o reforço da concorrência num mercado, a abertura dum mercado ou a entrada de um novo concorrente, a restrição da exigência de autonomia necessária para isso pode ceder numa apreciação de conjunto, face ao objetivo de promoção da concorrência. O terceiro grupo de hipóteses diz respeito a estipulações acessórias que são necessárias para a prossecução de um objetivo principal. Para efeitos do presente processo deve distinguir-se dentro deste grupo de hipóteses da seguinte forma: se o objetivo principal prosseguido não está abrangido pela proibição do artigo 81.º, n.º 1, CE, porque é neutro do ponto de vista da concorrência ou promove a concorrência, as estipulações acessórias que são necessárias para alcançar esse objetivo também não são abrangidas pela proibição do artigo 81.º, n.º 1, CE. Não se pode considerar existir nestes casos uma restrição da concorrência. Se o fim principal prosseguido, em contrapartida, for abrangido pela proibição do artigo 81.º, n.º 1, CE, verificar-se-á, então, uma restrição da concorrência.”

⁸³¹ No que revela um interessante confronto entre as duas instâncias do Tribunal de Justiça da União Europeia: o Tribunal Geral e o Tribunal de Justiça. Ver, em especial, as posições assumidas por ambas as instâncias no processo *GlaxoSmithKline*, nos acórdãos já citados. Ver também o Acórdão *IAZ*, n.º 45. Também no Acórdão *T-Mobile*, o Tribunal acaba por ser mais expansivo no modo como se pronuncia quanto aos objetivos do Direito europeu da concorrência, em especial no n.º. 45, onde o Tribunal desenvolve a ligação entre o objeto restritivo da concorrência e o impacto da prática sobre os preços ou sobre o consumidor, deixando claro que a aplicação do Tratado não depende nem é condicionada por tal verificação (n.º 43). Finalmente, ver também o Acórdão *Pierre Fabre*.

⁸³² Embora impondo à Comissão o dever de apreciar fundadamente tais alegações; por outro lado, poder-se-á discutir se existe uma plena jurisdição do Tribunal quando este reconhece ampla margem de discricionariedade técnica à Comissão para apreciação de factos e questões complexas no quadro da apreciação da legalidade das suas decisões; todavia, os acórdãos do Tribunal Geral de anulação de decisões de oposição a operações de concentração, a que nos referimos supra, e do Tribunal de Justiça nos processos *MasterCard* e *Groupement des Cartes Bancaires* revelam a preparação e a disponibilidade do Tribunal para promover essa avaliação e escrutinar os raciocínios da Comissão, inclusive a nível da avaliação económica das práticas em causa.

Todavia, e consideramos necessário sublinhar este ponto nesta etapa, a abordagem económica que se adivinha na jurisprudência do Tribunal, desde a década de 1960 (e reiterada pelo Tribunal Geral a partir da sua criação), não permite a confusão entre a análise do contexto em que se insere um acordo, com a ponderação dos efeitos pró-concorrenciais e anticoncorrenciais que podem resultar da sua implementação, uma vez que tal resulta da aplicação do n.º 3: dito de outro modo, à aplicação do artigo 101.º, n.º 1 interessa verificar se o acordo tem por propósito, no contexto em que se insere, provocar um impacto pernicioso na concorrência, caso em que se conclui que constitui uma restrição da concorrência pelo seu objeto ou, na impossibilidade de verificar um propósito objetivamente restritivo da concorrência, a análise do impacto negativo na concorrência, em que se determinará que estamos perante uma restrição da concorrência pelo efeito; a ponderação dos potenciais efeitos positivos e o seu balanceamento relativamente ao objeto ou ao efeito restritivo da concorrência apenas poderão ocorrer a nível do n.º 3⁸³³. Nem admite, em contrapartida, um afunilamento da análise do n.º 1 em torno do impacto da prática sobre o bem-estar do consumidor.

Com efeito, a abordagem económica imposta pelo Tribunal às condições de preenchimento do n.º 1 deve ser considerada na perspetiva funcionalista e não finalista: a análise económica será relevante na determinação das condições que permitem que determinado acordo, nas circunstâncias concretas em que se insere, é suscetível de causar um dano (um “impacto pernicioso”) na concorrência; mas não pode constituir a finalidade da aplicação do n.º 1, se da mesma resultar uma recondução a objetivos de eficiência económica, que não esgotam o âmbito e a gama de preocupações subjacentes à previsão desta norma, especificamente a garantia do objetivo de integração dos mercados⁸³⁴.

⁸³³ Tal é o resultado necessário da aplicação prática da jurisprudência do Tribunal neste ponto. Questão distinta emana do modo como as condições do n.º 3 são apreciadas pela Comissão e pelo Tribunal, e se a apreciação do impacto negativo a nível do n.º 1 não impõe já, de qualquer modo, um balanceamento dos impactos positivos e negativos da prática.

⁸³⁴ Contestamos, pois, a conclusão de (ODUDU, 2001b, p. 383), nos termos da qual “*a further problem is that the nature of the arguments under Article 81(1) and Article 81(3) are fundamentally different. Article 81(1) is concerned with allocative efficiency, whilst Article 81(3) is*

Esta distinção resulta, com especial acuidade, da jurisprudência do Tribunal de Justiça nos Acórdãos *T-Mobile* e *GlaxoSmithKline*⁸³⁵, o primeiro proferido em sede de reenvio prejudicial de um tribunal holandês relativamente à validade da interpretação do artigo 101.º TFUE no quadro da apreciação jurisdicional de uma decisão da autoridade de concorrência holandesa, o segundo proferido no âmbito do recurso interposto pela Comissão de um acórdão proferido em primeira instância de recurso pelo Tribunal Geral.

Importa reter, neste ponto, a resposta que o Tribunal de Justiça dá à questão de saber se o Direito da concorrência europeu tem, como preocupação necessária, o impacto das condutas empresariais no bem-estar do consumidor, sem prejuízo da especial relevância dada, designadamente nas conclusões da Advogada-Geral J. Kokott no processo *T-Mobile*, à necessidade de salvaguardar a robustez da aplicação das regras europeias de concorrência na definição do que constitui uma restrição da concorrência pelo objeto⁸³⁶, relançando um debate

concerned with productive efficiency”. Esta conclusão, quanto a nós, não encontra suporte na jurisprudência do Tribunal de Justiça.

⁸³⁵ Analisámos estes dois arestos em (FERREIRA, 2010), pelo que reproduzimos aqui, no essencial, as considerações que então tecemos a este propósito.

⁸³⁶ Particularmente elucidativa a seguinte passagem (cf. Conclusões da Advogada-geral Juliane Kokott, de 19.2.2009, n.º 1 e 2): “*O Tribunal de Justiça tem a oportunidade de tornar claro quais os requisitos necessários para se constatar a existência de uma prática concertada com objetivos anti-concorrenciais, na acepção do n.º 1 do artigo 81.º CE. Na essência, trata-se de esclarecer se e em que medida a constatação de um objetivo anti-concorrencial exige a avaliação das circunstâncias concretas do mercado, da atuação das empresas envolvidas e dos efeitos da sua actuação na concorrência... Estas questões revestem-se de grande importância para a aplicação eficaz do direito da concorrência da Comunidade no novo sistema descentralizado que foi introduzido com a modernização do direito processual da concorrência levada a cabo pelo Regulamento (CE) n.º 1/2003. Na resposta que vier a ser dada devem ser tidos em conta os perigos que o enfraquecimento das regras da concorrência do Tratado CE traria não só para o mercado interno, mas também para os consumidores europeus*”. Esta afirmação, bastante assertiva, insere-se numa corrente, de que a Advogada-Geral Kokott tem sido particular apologista, de reforço do pendor normativo do conceito de restrição da concorrência pelo objeto, enquanto categoria de restrições que, *pela sua natureza*, podem restringir a concorrência, e à qual se poderão reconduzir quaisquer restrições que se demonstre serem suscetíveis de causar um impacto na concorrência, em contraponto a uma corrente de opinião apologista de uma maior cautela no emprego do conceito de restrição da concorrência pelo objeto, que deverá ser reservada para as restrições que sejam suscetíveis de causar um impacto pernicioso, ou significativo, na concorrência, impondo, em relação às demais, a necessidade de demonstração dos efeitos. Esta

sobre o papel da restrição pelo objeto na economia da aplicação do artigo 101.º, n.º 1, interessando-nos pois refletir sobre as conclusões do Tribunal no que respeita aos objetivos do Direito da concorrência na União.

Em *T-Mobile*, o Tribunal apreciou o objetivo anticoncorrencial de uma prática concertada consistente numa troca de informações entre empresas concorrentes, no âmbito de uma única ocasião, durante uma reunião na qual participaram representantes das cinco empresas que, à data dos factos, prestavam serviços de telecomunicações móveis na Holanda. Nessa reunião, foi discutida a redução das comissões pagas pelas empresas aos respetivos agentes e representantes comerciais, por cada contrato de subscrição ou “pacote de assinatura”, por si comercializado, e para esse efeito trocaram informação comercial confidencial sobre as suas regras e orientações para definição das referidas comissões. Quanto ao conceito de infração restritiva da concorrência pelo seu objeto, e ao conceito de restrição da concorrência que lhe subjaz, o Tribunal de Justiça vem recordar que a proibição da restrição pelo objeto não decorre apenas, exclusivamente, ou principalmente, da verificação de uma presunção de efeitos negativos sobre os consumidores, já que *“não se destina unicamente a proteger os interesses diretos dos concorrentes ou dos consumidores mas a estrutura do mercado e, deste modo, a concorrência enquanto tal. Por conseguinte, ao contrário do que parece considerar o órgão jurisdicional de reenvio, a declaração de que uma prática concertada tem um objetivo anticoncorrencial não pode depender do facto de esta estar diretamente ligada aos preços finais de venda ao consumidor”*⁸³⁷.

Como tal, o Tribunal reconhece que fazer depender a verificação do objetivo anticoncorrencial da demonstração de efeitos anticoncorreciais concretos, seria levar o âmbito da proibição longe demais, confundido as duas

corrente, que apela a um conceito restritivo de restrição do objeto, pode ser encontrada, designadamente, nas conclusões do Advogado-geral Nils Wahl ao processo *Groupement des Cartes Bancaires* e, de igual modo, na própria decisão do Tribunal de Justiça nesse processo (que segue de perto a opinião do Advogado-geral).

⁸³⁷ Cf. Acórdão *T-Mobile*, n.ºs 38 e 39.

estatuições alternativas do n.º 1 do artigo 101.º, reiterando – na linha da sua jurisprudência em *Société Technique Minière*, que a necessidade de avaliação dos efeitos da prática apenas surgirá “se a análise do objetivo da prática concertada não revelar um grau suficiente de nocividade em relação à concorrência”. Assim, a conduta das empresas será proibida se, no concreto contexto económico e jurídico em que se desenvolve, for apta a impedir, restringir ou falsear a concorrência; tal aptidão concreta não poderá ser aferida, todavia, pela necessidade de demonstração de efeitos negativos sobre o bem-estar dos consumidores, o que implicaria um estreitamento dos objetivos inerentes à defesa da concorrência no Tratado.

Esta conclusão é particularmente relevante quando confrontada com a dialética gerada entre as duas jurisdições do Tribunal de Justiça da União Europeia a propósito dos recursos da decisão da Comissão no processo *GlaxoSmithKline*⁸³⁸. No seu Acórdão de 27 de setembro de 2006⁸³⁹, o Tribunal Geral, tendo verificado que um acordo que procurava instaurar um sistema de preços diferenciados destinado a limitar o comércio paralelo de medicamentos, concluiu que o objetivo de limitação do comércio paralelo não bastaria, por si só, para presumir que o acordo tinha um objetivo restritivo da concorrência. O Tribunal Geral, com efeito, entendeu que a aplicação do artigo 101.º, n.º 1 não podia depender apenas de o acordo visar limitar o comércio paralelo de medicamentos ou de repartição do mercado, exigindo outrossim uma análise destinada a determinar se o acordo teria por objetivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado em causa, em detrimento do consumidor final⁸⁴⁰. Embora revelando um “*novo enfoque analítico*”⁸⁴¹, esta

⁸³⁸ Decisão da Comissão 2001/791/CE, de 8.5.2001, JO L 302, de 17.11.2001. Neste processo, estava em causa a adoção de condições gerais de venda pela GlaxoSmithKline Services, nos termos das quais se acordava com grossistas espanhóis preços diferentes para certos medicamentos, consoante estes grossistas revendessem estes medicamentos em Espanha ou os exportassem para outros Estados-Membros da União, com o objetivo de limitar o comércio paralelo destes medicamentos por intermediários, aproveitando a arbitragem de preços entre Espanha e outros Estados-Membros.

⁸³⁹ Acórdão do Tribunal Geral *GlaxoSmithKline*, já citado.

⁸⁴⁰ Acórdão do Tribunal Geral *GlaxoSmithKline*, n.º 147. Este acórdão foi proferido menos de dois anos após a publicação das Orientações relativas à aplicação do artigo 81.º [101.º], n.º 3, nos

posição do Tribunal Geral implicaria – se entendida literalmente⁸⁴² – uma reversão da jurisprudência do Tribunal de Justiça no que respeita, por um lado, aos objetivos do Direito da Concorrência, no que respeita ao conteúdo útil de *restrição da concorrência*, e, por outro lado, da distinção alternativa entre efeito ou objeto restritivo da concorrência, se em qualquer circunstância houvesse que apurar concretos efeitos restritivos da concorrência⁸⁴³.

Por isso mesmo, o Tribunal de Justiça sentiu a necessidade de deixar claros os objetivos do Direito europeu da concorrência no afastamento da posição *inédita* do Tribunal Geral na recondução do conceito de restrição da concorrência ao impacto sentido nos consumidores: “*no que respeita à afirmação*

termos das quais “o artigo 81.º tem por objetivo proteger a concorrência no mercado, como forma de reforçar o bem-estar dos consumidores e de assegurar uma eficiente afectação de recursos. A concorrência e a integração do mercado servem estes objetivos, na medida em que a criação e a preservação de um mercado único aberto promove uma afectação de recursos eficiente em toda a Comunidade em benefício dos consumidores” (n.º 13). Poder-se-á assim considerar que o Tribunal Geral assumiu como sua a posição definida pela Comissão, embora levando-a um pouco mais longe, ao ligar a determinação de uma restrição da concorrência ao impacto nos consumidores, impondo assim uma análise dos efeitos, independentemente da natureza da restrição. Nestes termos, cf. (FAULL et al., 2014, p. 230).

⁸⁴¹ Cf. (MORAIS, 2009b, p. 32 e ss.).

⁸⁴² Nas suas conclusões ao processo *T-Mobile*, a Advogada-Geral J. Kokott foi particularmente crítica da posição assumida pelo Tribunal Geral em *GlaxoSmithKline*: “*é indiscutível que no n.º 147 deste acórdão, redigido de forma extremamente equívoca, se pode ler que o carácter anticoncorrencial de um acordo não pode ser exclusivamente deduzido da mera leitura dos seus termos, tendo de ser considerados ‘necessariamente’ também os seus efeitos. Na minha opinião, com isso pretende-se apenas dizer que o objetivo de um acordo (ou de uma prática concertada) não deve ser apreciado abstracta, mas concretamente – i.e., tendo em conta o seu contexto jurídico e económico – sendo relevantes, nessa apreciação, as especificidades do mercado respectivo... se, pelo contrário, o n.º 147 do acórdão GlaxoSmithKline Services/Comissão for interpretado no sentido de que, para se constatar um objetivo anticoncorrencial, em qualquer caso, têm (‘necessariamente’) de se verificar efeitos concretos na concorrência, então o Tribunal de Primeira Instância incorreu num erro de direito*”.

⁸⁴³ Notamos ainda que este enfoque do Tribunal Geral não foi fundado em qualquer precedente. Com efeito, no n.º 118, o Tribunal Geral cita como base para a sua conclusão o n.º 115 do Acórdão do Tribunal Geral de 7.6.2006, *Österreichische Postsparkasse c. Comissão*, T-213/01 e T-214/01, EU:T:2006:151, onde o Tribunal Geral limitou-se a concluir que o artigo 101.º se destina, em última análise, a aumentar o bem-estar do consumidor, e a mencionar, neste contexto, em conjugação com o artigo 101.º, n.º 3, que uma parte do lucro resultante do acordo em causa está reservada aos utilizadores. Do Acórdão *Consten* não é igualmente possível inferir qualquer interpretação do conceito de objetivo restritivo da concorrência que suporte a conclusão do Tribunal Geral em *GlaxoSmithKline*.

do Tribunal de Primeira Instância segundo a qual se é seguro que um acordo que visa limitar o comércio paralelo deve em princípio considerar-se como acordo que tem como objetivo restringir a concorrência, é na medida em que se pode presumir que o mesmo priva os consumidores finais das vantagens de uma concorrência eficaz em termos de aprovisionamento ou de preços, deve observar-se que nem a redação do artigo 81.º, n.º 1 CE, nem a jurisprudência permitem corroborar essa afirmação. Por um lado, não resulta de modo nenhum desta disposição que só os acordos que privam os consumidores de certas vantagens podem ter um objetivo anticoncorrencial. Por outro lado, importa sublinhar que o Tribunal de Justiça já decidiu que o artigo 81.º CE visa, a exemplo de outras regras de concorrência enunciadas no Tratado, proteger não apenas os interesses dos concorrentes ou dos consumidores, mas a estrutura do mercado e, deste modo, a concorrência em si mesma. Por isso, a declaração da existência de objetivo anticoncorrencial de um acordo não pode ficar subordinada a que os consumidores finais fiquem privados das vantagens de uma concorrência eficaz em termos de aprovisionamento ou de preços”⁸⁴⁴.

Nestes dois acórdãos, o Tribunal de Justiça reforça a importância do conceito de restrição da concorrência pelo objeto como uma presunção quanto aos potenciais efeitos ou impactos que um comportamento empresarial pode ter no mercado e no funcionamento da concorrência⁸⁴⁵, mas reitera a recusa em

⁸⁴⁴ Acórdão *GlaxoSmithKline*, n.ºs 62-63.

⁸⁴⁵ Adiante, abordaremos a temática da configuração da restrição da concorrência pelo objeto como uma presunção de efeitos restritivos da concorrência, por um lado, e a sua ligação à interpretação restritiva, ou extensiva, do conceito de restrição da concorrência pelo objeto. A título preambular, entendemos que o Tribunal de Justiça considerou necessário, em particular num conjunto de acórdãos proferidos a partir da segunda metade da década de 2000, recentrar o conceito de restrição da concorrência nos comportamentos que apresentam, em si mesmos, um grau suficiente de nocividade para a concorrência, adotando, pois, uma visão mais restritiva face ao que se afigurava uma crescente expansão dos comportamentos considerados, pelas autoridades competentes (e em particular, pela Comissão) como restrições pelo objeto. Esta posição ficou claramente assumida no seu Acórdão *Groupement des Cartes Bancaires*, onde a conclusão do Tribunal Geral quanto à verificação de uma restrição da concorrência pelo objeto é revertida pelo facto de a jurisdição de primeira instância ter cometido “erros de direito no que toca à definição dos critérios jurídicos pertinentes para apreciar a existência de uma restrição da concorrência ‘por objetivo’ na aceção do artigo 81.º, n.º 1, CE. Com efeito, por um lado, no n.º 125 do acórdão recorrido, o Tribunal Geral, quando definiu o conceito de restrição da concorrência ‘por objetivo’ na aceção desta disposição, omitiu a referência à jurisprudência constante do Tribunal de

acantonar-se num conceito unívoco de restrição da concorrência que implique uma opção por um modelo económico ou por uma escolha entre objetivos de eficiência económica distintos, ao considerar que o bem jurídico tutelado pelas regras de defesa da concorrência é mais vasto do que a mera proteção direta ou exclusiva do bem-estar dos consumidores, passando sim pela salvaguarda do processo concorrencial como fim em si mesmo, como condição essencial – mas cuja verificação não é elemento necessário para preenchimento do conceito – da maximização da utilização eficiente de recursos.

Não se trata, pois, de uma abordagem mais económica quanto ao objetivo das normas do Tratado (não há uma opção pelo bem-estar do consumidor) mas sim quanto ao método de determinação de uma restrição da concorrência, ainda que a *concorrência* restringida no caso concreto não se subsuma a um especial conceito económico de concorrência; há, pelo contrário, um conceito normativo de concorrência, próximo da Escola Estruturalista, ou de Harvard – radicada ainda na *workable competition* e tornada ainda mais fluida com o recurso a conceitos de concorrência *eficaz* ou concorrência *eficiente* – no qual se procura salvaguardar o processo concorrencial, assente num princípio de liberdade empresarial e de liberdade de escolha, mas sem considerar apenas (ou tão-só) o impacto desse garantia processual no consumidor. Há assim um claro limite, imposto expressivamente pelo Tribunal de Justiça, quanto à análise económica

*Justiça indicada nos n.ºs 49 a 52 do presente acórdão, ignorando, assim, que o critério jurídico essencial para determinar se uma coordenação entre empresas comporta tal restrição da concorrência ‘por objetivo’ reside na constatação de que essa coordenação apresenta, em si mesma, um grau suficiente de nocividade para a concorrência. Por outro lado, tendo em conta esta jurisprudência, foi erradamente que o Tribunal Geral considerou, no n.º 124 do acórdão recorrido, e depois no seu n.º 146, que o conceito de restrição da concorrência «por objetivo» não deve ser interpretado «de forma restritiva». Com efeito, sob pena de dispensar a Comissão do dever de provar os efeitos concretos no mercado de acordos em que não está demonstrado que sejam, pela sua natureza, prejudiciais ao bom funcionamento do jogo normal da concorrência, o conceito de restrição da concorrência «por objetivo» só pode ser aplicado a certos tipos de colusões entre empresas que revelem um grau suficiente de nocividade relativamente à concorrência para que se possa considerar que o exame dos seus efeitos não é necessário. A este propósito, é irrelevante a circunstância de que estes tipos de acordos previstos no artigo 81.º, n.º 1, CE não constituam uma lista taxativa de colusões proibidas.” (n.ºs 56-58). Merecem, igualmente, especial relevância as conclusões do Advogado-geral Nils Wahl ao processo *Groupement des Cartes Bancaires*, em esp. os n.ºs 65-73.*

admissível no contexto da determinação de uma restrição da concorrência pelo objeto.

CAPÍTULO 5. A APRECIÇÃO DO OBJETO RESTRITIVO DA CONCORRÊNCIA NO SEU CONTEXTO: OS ELEMENTOS ESSENCIAIS DA RESTRIÇÃO DA CONCORRÊNCIA PELO OBJETO

Sumário: 1. A avaliação do contexto jurídico e económico. 2. A avaliação do contexto jurídico e económico na jurisprudência do Tribunal Geral. 3. Objeto restritivo e sensibilidade da restrição. 4. Expansão ou consolidação? A jurisprudência do Tribunal de Justiça sobre o conceito de restrição da concorrência pelo objeto pós-*T-Mobile* e *Allianz Hungária*

1. A AVALIAÇÃO DO CONTEXTO JURÍDICO E ECONÓMICO

1.1. A jurisprudência inicial do Tribunal de Justiça: *Société Technique Minière, Itália c. Conselho e Comissão e Consten*

A definição do conceito de restrição da concorrência pelo objeto surge, pela primeira vez como elemento essencial da apreciação do Tribunal num processo de reenvio da *cour d’appel* de Paris⁸⁴⁶, suscitando diversas questões de interpretação do artigo 101.º, n.º 1 do Tratado relativamente à sua aplicação a determinados acordos entre a empresa alemã *Maschinenbau Ulm* e a empresa francesa *La Technique Minière*, para o fornecimento à segunda de determinados materiais de construção e obras públicas produzidos pela primeira. Formalmente, o órgão de reenvio questionava o Tribunal quanto à validade de um acordo entre duas empresas pelo qual a primeira atribuía à segunda um “exclusivo de venda”, não tendo sido notificado à Comissão nos termos do Regulamento 17/62.

Na conclusão, o Tribunal considerou o acordo válido à luz das regras de concorrência do Tratado; no entanto, é no *iter decidendi* e na introdução de elementos de ponderação do conceito de *restrição da concorrência* pelo objeto que o acórdão do Tribunal merece especial atenção.

Assim, a proibição de acordos restritivos da concorrência “*não distingue consoante as partes se encontram na mesma fase (acordos ditos ‘horizontais’) ou em fases diferentes (acordos ditos ‘verticais’) do processo económico*”⁸⁴⁷.

Depois, o Tribunal – refletindo sobre o conceito de *acordo entre empresas* para efeitos de aplicação do artigo 101.º, n.º 1 – apresenta uma avaliação

⁸⁴⁶ Interessante igualmente notar que a primeira vez que um órgão jurisdicional nacional recorreu ao mecanismo do pedido prejudicial foi precisamente para suscitar perante o Tribunal de Justiça questões de interpretação do artigo 101.º (Acórdão *Robert Bosch*). Regressaremos a este processo adiante.

⁸⁴⁷ Acórdão *Société Technique Minière*, p. 387.

essencialmente funcionalista, sopesando a estrutura e interconexão das relações instituídas entre as empresas em causa e o seu comportamento no mercado, em detrimento da natureza do acordo: *“para ser proibido por força do disposto no artigo 85.º, n.º 1 do Tratado, por incompatibilidade com o mercado comum, um acordo entre empresas deve preencher vários requisitos dependentes menos da sua natureza jurídica do que das suas relações com o ‘comércio entre os Estados-membros’ por um lado e com a ‘concorrência’ por outro. O referido preceito, repousando, assim, sobre uma apreciação das repercussões do acordo sob dois aspetos resultantes de uma avaliação económica, não poderá ser interpretado como introduzindo qualquer juízo prévio em relação a uma categoria de acordos determinada pela sua natureza jurídica”*⁸⁴⁸. Como tal, *“o contrato pelo qual um produtor confia a um único distribuidor a venda dos seus produtos numa zona determinada não poderá, pois, cair automaticamente sob a proibição do artigo 85.º, n.º 1 (...) A proibição do acordo depende apenas da questão de saber se, ponderadas as circunstâncias do caso concreto, tal acordo reúne objetivamente os elementos constitutivos da referida proibição, tal como vêm enunciados no n.º 1 do artigo 85.º”*.

Nesta síntese, o Tribunal – que não tinha qualquer precedente direto ao qual recorrer – define os elementos nucleares da apreciação dos acordos entre empresas à luz do artigo 101.º, que informam a jurisprudência seguinte: (i) a necessidade de avaliar a repercussão do acordo sobre a concorrência; (ii) a natureza económica da avaliação; (iii) a inexistência de um *juízo prévio* de incompatibilidade em relação a uma determinada categoria de acordos de acordo com a sua natureza jurídica; (iv) a impossibilidade de proibir automaticamente acordos à luz do artigo 101.º, n.º1; (v) a necessidade de ponderação das circunstâncias do caso concreto previamente a um juízo de ilegalidade.

De seguida, o Tribunal pondera então os dois elementos adicionais que determinam a proibição de um acordo entre empresas à luz do artigo 101.º, n.º

⁸⁴⁸ Acórdão *Société Technique Minière*, p. 386.

1: as suas relações com (i) o comércio entre os Estados-Membros, e com (ii) a concorrência⁸⁴⁹.

No que respeita à relação do acordo com o comércio entre Estados-membros, considera o Tribunal que *“esta disposição (...) destina-se a fixar o campo de aplicação da proibição, mediante a exigência de uma condição previsional baseada na possibilidade de um entrave à realização de um mercado único entre os Estados-membros. Com efeito, na medida em que o acordo pode afetar o comércio entre Estados-membros é que a alteração da concorrência provocada por este acordo é abrangida pelas proibições de direito comunitário contidas no artigo 85.º, enquanto que, no caso contrário, essa alteração lhes escapa.”*⁸⁵⁰ Neste ponto em especial, o Tribunal sublinha a necessidade de o acordo ser suscetível de afetar o comércio, conclusão a que o intérprete deverá chegar mediante a ponderação de elementos objetivos à sua disposição: *“para preencher este requisito, o acordo em causa deve, com base num conjunto de elementos objetivos de direito ou de facto, deixar prever, com suficiente grau de probabilidade, que pode exercer uma influência direta ou indireta, atual ou potencial, sobre o desenrolar das trocas comerciais entre os Estados-membros”*⁸⁵¹.

Já no que respeita à relação do acordo com a concorrência, o Tribunal debruça-se então sobre a distinção entre objeto e efeito restritivos da concorrência e, em concreto, sobre os contornos do conceito de objeto restritivo da concorrência. No que à primeira distinção respeita, o Tribunal introduz neste acórdão, pela primeira vez, dois dos elementos definidores da interpretação do

⁸⁴⁹ No acórdão seguinte (Acórdão *Consten*), ficará claro que ambos os elementos devem ser considerados autónomos – tanto a protecção da concorrência como o comércio entre Estados são elementos a ponderar autonomamente.

⁸⁵⁰ Acórdão *Société Technique Minière*, p. 387.

⁸⁵¹ Acórdão *Société Technique Minière*, p. 387. O Tribunal vai mais longe (aproveitando assim para ilustrar o órgão de reenvio), exemplificando: *“para determinar se um contrato que inclui uma cláusula que ‘atribui um direito exclusivo de venda’ está abrangido pelo campo de aplicação do artigo 85.º, deve determinar-se se tal contrato, designadamente, torna possível repartir o mercado de determinados produtos entre os Estados-membros, tornando assim mais difícil a interpenetração económica pretendida pelo Tratado”* (loc. cit.).

artigo 101.º, n.º1: a aplicação não cumulativa dos dois elementos (objeto ou efeito) na avaliação de um acordo; e a necessidade de consideração do contexto económico no qual o acordo se integra: *“o carácter não cumulativo mas alternativo deste requisito, indicado pela conjunção ‘ou’, conduz, antes de mais, à necessidade de considerar o objeto do próprio acordo, tendo em conta o contexto económico no qual se integra”*⁸⁵². Estes dois temas serão retomados ao longo da jurisprudência futura do Tribunal, embora de modo não linear e certamente não unívoco⁸⁵³.

Para este efeito, o Tribunal define o percurso que o intérprete deve seguir na apreciação de um acordo restritivo da concorrência pelo seu objeto:

1. As repercussões do acordo sobre a concorrência devem resultar do próprio acordo ou de algumas das suas cláusulas;
2. Se o objeto restritivo da concorrência não resultar do acordo ou do conteúdo das suas cláusulas, haverá então que procurar determinar se o mesmo poderá ter um efeito restritivo da concorrência: *“se a análise das cláusulas não revelar um grau suficiente de nocividade em relação à concorrência, há que examinar então os efeitos do acordo e, para que o mesmo possa ser objeto da proibição, exigir a reunião dos fatores que determinam que a concorrência foi de facto impedida, restringida ou falseada de forma apreci.”*⁸⁵⁴;
3. Em qualquer caso, a avaliação das repercussões do acordo na concorrência deve ser realizada atendendo a uma avaliação objetiva do quadro concorrencial na ausência do acordo: *“A concorrência deve, neste caso, ser apreciada no quadro real em que se produziria se não existisse o acordo controvertido”*⁸⁵⁵.

⁸⁵² Acórdão *Société Technique Minière*, p. 387.

⁸⁵³ O contexto económico – introduzido como elemento de enquadramento necessário do objeto do acordo – seria igualmente expandido para se ter em conta igualmente o contexto *jurídico* do acordo.

⁸⁵⁴ Acórdão *Société Technique Minière*, p. 388.

⁸⁵⁵ Acórdão *Société Technique Minière*, p. 388.

Assim, conclui o Tribunal que para “*apreciar se um contrato que contém uma cláusula que atribui um ‘direito exclusivo de venda’ se deve considerar proibido por causa do seu objetivo ou do seu efeito, há que tomar em consideração, designadamente, a natureza e a quantidade limitada ou não dos produtos que são objeto do acordo, a posição e a importância do concedente e do concessionário no mercado dos produtos em questão, o carácter isolado do acordo controvertido ou, ao invés, a sua posição num conjunto de acordos, o rigor das cláusulas destinadas a proteger o exclusivo ou, pelo contrário, as possibilidades deixadas a outros circuitos comerciais relativamente aos mesmos produtos através de reexportações e de importações paralelas*”⁸⁵⁶.

Naturalmente, alguns dos elementos referidos pelo Tribunal devem ser compreendidos à luz dos contornos concretos do caso que lhe é trazido pela *cour d’appel* de Paris. Mas, como o próprio Tribunal alerta, cabe ao intérprete atender ao objeto do próprio acordo, à luz do *contexto económico* no qual se integra, para apurar o preenchimento dos elementos da proibição do artigo 101.º, n.º 1. Esta tomada de posição, sintomática do apelo aos instrumentos teleológico e sistemático de interpretação a que o Tribunal, com abundância, recorre nesta etapa formativa, *constituente*, do Direito Comunitário, não deixa de revelar uma enorme disponibilidade da jurisdição comunitária na operacionalização de conceitos relativamente vagos e indeterminados, com expressão ou reconhecimento reduzido nas próprias jurisdições nacionais, mas sempre à luz dos objetivos últimos da consagração das regras de defesa da concorrência no Tratado, ou seja, da consagração, também nas relações entre as empresas, do objetivo de assegurar a criação de um mercado único⁸⁵⁷.

⁸⁵⁶ Acórdão *Société Technique Minière*, p. 388.

⁸⁵⁷ Ver, e.g., Acórdão *Itália c. Conselho e Comissão*, p. 488: “Ao incluir as regras da concorrência aplicáveis às empresas na terceira parte do Tratado consagrada à ‘política da Comunidade’, o artigo 85.º pretende implementar os meios de ‘ação da Comunidade’ referidos no artigo 3.º, nomeadamente o ‘estabelecimento de um regime que garanta que a concorrência não seja falseada’, a fim de alcançar ‘o estabelecimento de um mercado comum’, o qual constitui um dos objetivos fundamentais definidos no artigo 2.º. Desta maneira, deve colocar-se o artigo 85.º, no seu todo, no quadro das disposições do preâmbulo do Tratado que o esclarecem e, nomeadamente, das relativas à ‘eliminação das barreiras’ e à ‘lealdade da concorrência’ necessárias à realização de um mercado único”.

Todavia, e no que nesta etapa da nossa análise importa sublinhar, cabe refletir ainda sobre os aspetos inovatórios, porque não expressa ou literalmente suportados no texto do Tratado, que resultam da jurisprudência fixada – pelo efeito da sua reprodução e citação sucessiva ao longo das décadas seguintes – neste acórdão: a necessidade de considerar as relações entre empresas, independentemente da sua natureza jurídica, forma – ou, como veremos adiante, a *intenção* subjacente – pelo impacto dessas relações nas trocas comerciais entre os Estados-membros e a concorrência; a consideração dos impactos *potenciais* e não necessariamente atuais para aferição do preenchimento da proibição; a consideração do objeto do acordo no *contexto económico* em que o mesmo se insere; a apreciação da concorrência como hipótese contrafactual para avaliação do impacto, real ou potencial, do acordo e, assim, o seu enquadramento no artigo 101.º, n.º1; o afastamento de tipos ou categorias de acordos tidos automaticamente proibidos⁸⁵⁸; a alternativa entre *objeto* e *efeito* e a necessidade de considerar os efeitos do acordo *apenas quando* a restrição da concorrência ou a afetação do comércio entre os Estados-membros não resulta evidente do acordo ou das suas cláusulas. Finalmente, e porque tal revela igualmente alguma da perturbação que, nas décadas vindouras se sentirá na definição clara da dicotomia objeto/efeito, o recurso ao impacto do acordo na concorrência para determinação do seu objeto restritivo⁸⁵⁹. Tais elementos de interpretação e

⁸⁵⁸ Como o Tribunal teria oportunidade de reforçar no Acórdão *Itália c. Conselho e Comissão*: “Se a concessão da isenção do n.º 3 do artigo 85.º a um determinado acordo pressupõe o reconhecimento prévio de este cair sob a proibição estabelecida no n.º1, a possibilidade prevista no n.º3 de conceder aquela isenção por categorias não significa que um determinado acordo abrangido por estas categorias preencha necessariamente, por esse facto, as condições do n.º1. Ao atribuir ao Conselho o poder de autorizar isenções por categorias, o n.º3 do artigo 85.º impõe-lhe a obrigação de apenas exercer este poder em relação a categorias de acordos susceptíveis de preencher as condições do n.º1. Com efeito, o regulamento do Conselho é desprovido de alcance se os acordos abrangidos pelas categorias por si definidas não preenchem estas condições. No entanto, a definição de uma categoria constitui apenas um enquadramento, sem que isso signifique que todos os acordos aí incluídos sejam passíveis de proibição. Da mesma maneira um acordo abrangido pela categoria isenta, mas que não preenche todas as condições da referida definição, não tem que cair necessariamente sob a proibição. A concessão de uma isenção por categorias não estabelece portanto qualquer juízo antecipado, ainda que implícito, em relação a um acordo individualmente considerado” (p. 488-489).

⁸⁵⁹ “Se a análise das cláusulas não revelar um grau suficiente de nocividade em relação à concorrência, há que examinar então os efeitos do acordo” (Acórdão *Société Technique Minière*, p.

concretização do conceito de *objeto ou efeito restritivo da concorrência*, não resultam direta e expressamente do texto do Tratado – como aliás resulta da ausência de fundamentação expressa das conclusões do Tribunal em qualquer disposição do Tratado ou precedente anterior.

A apreciação do conceito em causa – no âmbito de igual análise profunda à mecânica de interpretação e operacionalização do artigo 101.º, n.º 1 do Tratado seria novamente retomada em dois acórdãos subsequentes, proferidos no mesmo dia 13 de julho de 1966: o Acórdão *Consten* e o Acórdão *Itália c. Conselho e Comissão*. É, todavia, relevante sublinhar que embora os três acórdãos tenham sido proferidos com pouco intervalo entre si (menos de 15 dias), temporalmente a primeira distribuição corresponde ao processo *Consten* (Proc. apensos 56/64 e 58/64), seguindo-se o processo *Itália c. Conselho e Comissão* (Proc. 32/65) e apenas a final o processo *Société Technique Minière* (Proc. 56/65). Por outro lado, se o processo *Consten* corresponde ao “primeiro a pôr em causa uma decisão através da qual a Comissão aplica a um caso concreto o direito da Comunidade Económica Europeia em matéria de acordos entre empresas”⁸⁶⁰, o processo *Itália c. Conselho e Comissão* tem origem num recurso apresentado pela República Italiana para anulação do Regulamento 19/65 do Conselho, de 2 de março de 1965, relativo à aplicação do n.º 3 do artigo 85.º do Tratado CE a certas categorias de acordos e práticas concertadas, enquanto o processo *Société Technique Minière* resulta de um reenvio de um órgão jurisdicional nacional relativo à interpretação de normas do Tratado e de regulamentos comunitários adotados em sua execução. É, assim, interessante verificar como nestes três arestos encontramos exemplificadas as três vias essenciais de acesso ao Tribunal de Justiça para a interpretação de normas do Tratado, e como em resposta, o Tribunal procura elucidar os requerentes e definir os termos essenciais a empregar na interpretação das regras do Tratado em matéria de acordos entre empresas.

388). A questão, naturalmente, coloca-se na necessidade de aferir o *grau* e a *natureza* desta nocividade para que remete o Tribunal no quadro das restrições pelo objeto, e em que medida a mesma deverá ser considerada uma *consequência necessária* de uma restrição pelo objeto.

⁸⁶⁰ Cf. Conclusões do Advogado-geral Roemer no processo *Consten*, p. 446.

No Acórdão *Itália c. Conselho e Comissão*, o Tribunal é muito claro quanto ao objetivo do artigo 101.º, n.º 1 na economia do Tratado: “O Tratado, cujos preâmbulo e texto têm como objetivo eliminar as barreiras entre os Estados e que, em várias disposições, demonstra severidade relativamente à sua reaparição, não pode permitir que as empresas recriem tais barreiras. O n.º 1 do artigo 85.º corresponde a este objetivo”⁸⁶¹; por outro lado, refere-se igualmente aos objetivos das partes na definição da relação do acordo com a concorrência: “não se deve afastar a eventual aplicação do artigo 85.º a um acordo de concessão exclusiva com o fundamento de que concedente e concessionário não concorrem entre si. Com efeito, a concorrência a que se reporta o n.º 1 do artigo 85.º não é só o que as partes no acordo possam fazer entre si, mas também a que uma delas possa exercer em relação a terceiros. De resto, ao impedir ou limitar a concorrência de terceiros relativamente a um produto através de tal acordo, as partes podem ter como objetivo instituir ou garantir a seu favor uma vantagem injustificada, em detrimento do consumidor ou do utilizador, contrária aos objetivos gerais do artigo 85.º (...) Finalmente, um acordo entre um produtor e um distribuidor que tenha como objetivo reconstituir as barreiras nacionais no comércio entre os Estados-membros pode ser de molde a contrariar os objetivos mais fundamentais da Comunidade”⁸⁶².

No Acórdão *Consten*, o Tribunal uma vez mais elucidou as questões relativas ao conceito de objeto restritivo da concorrência. É interessante notar como em ambos os acórdãos (*Itália c. Conselho e Comissão* e *Consten*) se discute a aplicação do artigo 101.º, n.º 1 do Tratado a acordos entre empresas em estádios distintos da cadeia de valor (acordos *verticais*), com a posição da República Italiana plasmada em ambos os processos a defender a sua aplicação apenas a acordos horizontais; a necessidade de impedir a criação de barreiras nacionais por via de acordos entre empresas, em especial os acordos de distribuição ou fornecimento, que maior impacto teriam no período formativo do mercado

⁸⁶¹ Cf. Acórdão *Itália c. Conselho e Comissão*, p. 491.

⁸⁶² Cf. Acórdão *Itália C. Conselho e Comissão*, p. 491.

interno, forneceu ao Tribunal ampla justificação para, enquadrando o artigo 101.º nos objetivos gerais da Comunidade, promover a interpretação funcionalista da proibição o que, por sua vez, permitiu o desenvolvimento de linhas de orientação jurisprudenciais relativas aos vários elementos constitutivos da proibição de acordos entre empresas⁸⁶³.

Todavia, é na relação entre os efeitos e o objeto do acordo que o Tribunal vai mais longe do que na sua decisão no processo *Société Technique Minière*: “para efeitos da aplicação do artigo 85.º, n.º 1, a tomada em consideração dos efeitos concretos de um acordo é supérflua, desde que seja evidente que tem por objeto restringir, impedir ou falsear a concorrência. Portanto, a ausência, na decisão recorrida, de qualquer análise dos efeitos do acordo no plano da concorrência entre produtos similares de diferentes marcas não pode constituir, por si só, um vício da decisão”⁸⁶⁴. Para este efeito, o Tribunal conclui, pela apreciação do teor das cláusulas do acordo e do contexto económico – e agora também jurídico – em que o mesmo é celebrado, a evidência da sua natureza restritiva: “A infração declarada na decisão recorrida resulta da proibição territorial absoluta estabelecida pelo referido contrato a favor da Consten, com base no direito francês. As recorrentes pretenderam assim eliminar qualquer possibilidade de concorrência ao nível do comércio grossista dos produtos Grundig no território referido no contrato através de dois meios principais. Por um lado, a Grundig comprometeu-se a não fornecer a terceiros, mesmo indiretamente, produtos destinados à zona referida no contrato. O alcance restritivo desse compromisso é evidente se o considerarmos à luz da proibição de exportar que foi imposta não apenas à Consten, mas também a todos os outros representantes exclusivos da Grundig, bem como aos grossistas alemães. Por outro lado, o registo

⁸⁶³ Reproduzindo, quase integralmente, a posição que encontramos no Acórdão *Itália c. Conselho e Comissão*: “Um acordo entre um produtor e um distribuidor, que pretende reconstituir o isolamento dos mercados nacionais no comércio entre os Estados-membros, pode ser susceptível de contrariar os objetivos mais fundamentais da Comunidade. O Tratado, cujos preâmbulo e texto visam a supressão das barreiras entre os Estados e que, em várias disposições, faz mostra de severidade em relação à sua reaparição, não podia permitir às empresas que recriassem essas barreiras. O artigo 85.º, n.º 1, responde a esse objetivo, mesmo quando se trata de acordos entre empresas situadas em estados diferentes do processo económico” (Acórdão *Consten*, p. 431-432).

⁸⁶⁴ Acórdão *Consten*, p. 434.

em França pela Consten da marca GINT, que a Grundig apõe em todos os seus produtos, pretende acrescentar à proteção contra o risco de importações paralelas em França dos produtos Grundig, inerente ao acordo em causa, a resultante do direito de propriedade industrial; assim, nenhum terceiro poderia importar produtos Grundig provenientes de outros países membros da Comunidade para os revender em França, sem correr sérios riscos. Foi justamente o que a recorrida considerou o conjunto do sistema assim estabelecido pela Grundig; com efeito, para caracterizar a situação contratual, deve colocar-se o contrato no contexto económico e jurídico que as partes tiveram em conta aquando da sua celebração”⁸⁶⁵. Esta extensa citação permite-nos recordar a técnica de

⁸⁶⁵ Acórdão *Consten*, p. 434-435. Note-se como no Acórdão *Société Technique Minière* o Tribunal se refere apenas à consideração do contexto económico. A necessidade de contextualização (sem qualificar qual o contexto a ter em conta) do acordo para determinar a aplicação do artigo 101.º, n.º 1 já havia sido indicada pelo Tribunal no seu acórdão de 6 de abril de 1962, proc. 13/61, *Robert Bosch e o.*, p. 19-20 (o primeiro reenvio prejudicial de um órgão jurisdicional nacional para o Tribunal de Justiça): “O pedido da cour d’appel de Haia incide sobre a questão de saber se a proibição de exportar, imposta pela sociedade Robert Bosch de Estugarda aos seus compradores e por eles aceite, cai na laçada do n.º 1 do artigo 85.º do Tratado. Esta questão não pode ser considerada como uma mera interpretação do Tratado, porque, não lhe tendo sido exposto o contexto em que se insere esta proibição sumária, o Tribunal de Justiça não poderia decidir sobre essa questão sem proceder a um exame prévio”. Sobre este processo, o Advogado-geral Lagrange foi, nas suas conclusões de 27 de fevereiro de 1962, um pouco mais longe. Reconhecendo a importância nuclear das regras de concorrência do Tratado e, simultaneamente, a dificuldade da sua interpretação (“o presente processo é importante..., porquanto incide sobre a interpretação dos artigos 85.º e seguintes do Tratado – interpretação da qual o menos que se pode dizer é que não é sempre fácil – apesar de, contudo, regular o funcionamento dum dos sectores mais ‘nevrálgicos’ do mercado comum, um daqueles em que se torna mais necessário conciliar o interesse geral e a segurança jurídica”, p. 24), e sublinhando a limitada competência de apreciação no caso concreto, tece algumas considerações relevantes sobre a necessidade de avaliar a clausula *sub iudice* isoladamente das demais obrigações resultantes do acordo (“contudo, parece difícil encarar a questão independentemente das outras cláusulas dos acordos...”, p. 38) e cita quase integralmente a posição do Governo Alemão a propósito do conceito dos acordos “que sejam susceptíveis de afectar o comércio entre os Estados-membros”, nos termos das quais se apela a uma interpretação do Tratado de acordo com o seu “contexto” e “espírito”, atendendo às nuances muito sensíveis entre os termos empregados nas quatro línguas em que o Tratado fazia fé (“Ora, como o Tribunal sabe, os quatro textos fazem fé, o que significa exatamente que nenhum deles faz fé...”, p. 39), sugerindo por isso uma interpretação do requisito que permita determinar, pelo menos, um perigo de afetação das trocas comerciais que não exige um entrave efetivo à concorrência; a necessidade de considerar eventuais efeitos positivos da restrição da concorrência apenas ao nível do artigo 101.º, n.º 3 (“ao analisar a questão de saber se uma restrição da concorrência no interior do mercado comum é susceptível de criar entraves às trocas económicas entre Estados-membros, não se poderá fazer depender a resposta de quaisquer efeitos ‘prejudiciais’ ou ‘favoráveis’ sobre a circulação comercial, visto que os efeitos ‘favoráveis’ são constantemente ‘prejudiciais’. Só no contexto do n.º 3 do artigo 85.º do Tratado CEE se poderá apreciar se os efeitos favoráveis são de tal forma preponderantes que a não aplicação da proibição do n.º1 do artigo 85.º do Tratado CEE é

interpretação do acordo empregue pelo Tribunal para caracterizar a sua relação com a concorrência e, assim, o seu enquadramento na proibição do artigo 101.º, n.º 1: a análise do teor das cláusulas do acordo; a relação do acordo com outros elementos – jurídicos e económicos – contextuais que permitam compreender o modo como esse acordo será implementado e as considerações objetivas que teriam sido tidas em conta pelas partes na sua celebração (as consequências da proteção conferida pelo direito de propriedade industrial, a relação do acordo com outros acordos entre a *Grundig* e demais distribuidores) são elementos a que o Tribunal recorre para apreciação do caso concreto, mas que deixam claras linhas de orientação para a análise de casos futuros.

Se os acórdãos acabados de citar demonstram já uma densificação relevante do conceito de restrição da concorrência pelo objeto e do percurso sinalizado pelo Tribunal que deve ser percorrido na sua identificação, as conclusões que o Advogado-geral Karl Roemer apresentou nos três processos merece igualmente atenção. O primeiro caso sobre o qual se debruçou foi, com efeito, o processo *Itália c. Conselho e Comissão* uma vez que neste, nas suas palavras, “*trata-se da resolução de uma questão jurídica de princípio e não da mera aplicação do direito comunitário em matéria de concorrência a um caso concreto; por esta razão deve reconhecer-se na sua resolução jurisdicional uma prioridade lógica sobre outros processos do género*”⁸⁶⁶. Com efeito, neste processo discutia-se a legalidade do Regulamento 19/65, que previa a isenção para determinadas categorias de acordos e práticas concertadas de fornecimento ou de licenciamento, à luz do artigo 101.º, n.º 1 e da eventual aplicação deste apenas a acordos entre empresas no mesmo estágio do processo produtivo (acordos *horizontais*); na procura do âmbito de aplicação do artigo 101.º, n.º 1, o Advogado-geral Roemer avança, assim, uma das primeiras definições do conceito de restrição da concorrência pelo objeto.

justificada”); o facto de a afectação da concorrência dever atingir “*certas proporções*” para poder ser capturada pela proibição do n.º1. Sendo certo que, na opinião do Advogado-geral, o Tribunal não é competente para se pronunciar sobre tais matérias, não deixa de ser relevante a importância que dá à exposição destas considerações nas suas conclusões.

⁸⁶⁶ Cf. Conclusões do Advogado-geral Roemer no processo *Itália c. Conselho e Comissão*, p. 496.

Para este efeito, Roemer inicia a sua alocução pelo reconhecimento da dificuldade em apresentar uma definição clara do conceito, em termos que, passados mais de 50 anos, não podem deixar de suscitar simpatia no intérprete atual: após apresentar a sua posição sobre o que sejam *acordos entre empresas*, reconhece que *“em contrapartida, é mais difícil interpretar a expressão ‘acordos... que tenham por objetivo ou efeito... restringir a concorrência”*⁸⁶⁷. Cingindo-se aos acordos de fornecimento – objeto do processo – Roemer apela à consideração das repercussões do acordo sobre o mercado para apreciar a sua compatibilidade com o Tratado: *“parece duvidoso que se possa chegar a esta apreciação recorrendo-se apenas a considerações teóricas ou a trabalhos gerais de interpretação sem que se considere as possíveis repercussões sobre o mercado.”* Recordando para o efeito a (ainda) ténue linha jurisprudencial iniciada no acórdão *Robert Bosch*, o Advogado-geral retoma o apelo à necessidade de considerar *todos os elementos de um acordo*: *“isto significa sem dúvida que a mera interpretação das disposições do Tratado CEE não permite uma resposta abstrata e geral a questões deste género. Por conseguinte, é necessário examinar quais podem ser os particulares efeitos dos contratos de exclusividade, e qual o seu relevo quanto ao n.º 1 do artigo 85.º do Tratado”*⁸⁶⁸. Todavia, não é clara ainda a distinção metodológica entre *objeto* e *efeito* neste exame, ou se o mesmo é um passo necessário à identificação do *objeto* ou do *efeito* restritivos; inclinamo-nos para esta segunda hipótese, ficando por esclarecer, todavia, o grau de profundidade do exame prescrito. Por outro lado, delineia igualmente a autonomização da restrição da concorrência e da afetação do comércio entre Estados como elementos nucleares da proibição: *“há que perguntar o que se deve entender por ‘suscetíveis de afetar o comércio’. A resposta a esta questão não é difícil. Manifestamente, através desta cláusula, o Tratado não exige que os acordos exerçam efetivamente uma influência sobre o comércio internacional, bastando que esta influência seja possível, não como uma mera hipótese, mas como uma consequência razoavelmente previsível. Observemos de seguida que, não obstante*

⁸⁶⁷ Cf. Conclusões do Advogado-geral Roemer no processo *Itália c. Conselho e Comissão*, p. 505.

⁸⁶⁸ Cf. Conclusões do Advogado-geral Roemer no processo *Itália c. Conselho e Comissão*, p. 506.

*uma doutrina frequente, esta é, sem dúvida uma noção autónoma que não coincide, pois, na prática com a da restrição da concorrência.”*⁸⁶⁹.

Nas conclusões apresentadas ao processo *Société Technique Minière*, Roemer remete extensivamente para a sua opinião emitida no processo *Itália c. Conselho e Comissão*. Todavia, é na apreciação do grau de prejuízo que pode/deve ser considerado para efeitos da proibição que estas conclusões apresentam maior relevância para a análise do conceito do objeto restritivo da concorrência, e que inovam face às anteriores. A discussão é colocada em torno do grau ou dimensão das repercussões do acordo para determinar a sua proibição: por um lado, a *Société Technique Minière* defendendo a proibição abstrata de qualquer restrição da concorrência, por mais pequena que seja; a Comissão alegando que não bastaria um prejuízo teórico às regras da concorrência para determinar a proibição, sendo necessário verificar um prejuízo *perceptível*. Finalmente, a *Maschinenbau* defendendo a não aplicação do n.º 1 sempre que, não obstante a existência do acordo restritivo da concorrência, “a concorrência se mantém funcional”⁸⁷⁰. A conclusão do Advogado-geral (“a solução correta deve buscar-se no meio destas duas opiniões, isto é, a aplicação do artigo 85.º, n.º 1 depende da existência de um prejuízo notório para a concorrência, quer pela sua verificação efetiva, quer porque existem factos concretos que indicam que esse prejuízo se vai produzir”⁸⁷¹) é o resultado da ponderação, por um lado, da falta de razoabilidade em colocar ao alcance da proibição qualquer restrição da concorrência, e do afastamento da posição defendida pela Comissão, “porque para determinar que a concorrência foi afetada de forma ‘perceptível’ contenta-se com presunções ou com declarações proferidas pelas partes ao longo do processo pendente no órgão jurisdicional interno, sem exigir a este último a apreciação concreta da situação do mercado”. O que se segue é a exposição do tipo de exercício que deverá o tribunal nacional realizar para

⁸⁶⁹ Cf. Conclusões do Advogado-geral Roemer no processo *Itália c. Conselho e Comissão*, p. 507-508.

⁸⁷⁰ Cf. resumo das posições assumidas pelo Advogado-geral Roemer nas suas conclusões no processo *Société Technique Minière*, p. 396.

⁸⁷¹ Cf. Conclusões do Advogado-geral Roemer no processo *Société Technique Minière*, p. 397.

apreciar se as condições de desenvolvimento da concorrência são ou não afetadas de forma sensível, “*não obstante a existência de convenções que têm por objetivo ou efeito prejudicar a concorrência*”⁸⁷². Finalmente, também no que respeita à afetação das trocas entre os Estados, o Advogado-geral Roemer propõe uma análise substanciada, concreta e contextual do acordo e das suas repercussões: “*aqui não é possível limitarmo-nos a considerar teoricamente a análise das cláusulas de um contrato... Ao contrário, é preferível afirmar que não tem importância o facto de o comércio ser afetado de maneira pouco sensível. Também a Comissão é desta opinião, embora tenha que se admitir que não retira desse facto todas as consequências necessárias. Na verdade, estas consistem em... exigir um estudo do mercado, ou seja, comparar a situação do mercado anteriormente à celebração do acordo com a situação subsequente ao acordo*”⁸⁷³. Finalmente, isso poderá levar a que considerem os efeitos positivos do acordo na própria determinação da aplicação do artigo 101.º, n.º 1, já que “*seria artificial afirmar que o artigo 85.º, n.º 1 é aplicável e que o equilíbrio só seria restabelecido através da exceção contemplada no artigo 85.º, n.º 3*”⁸⁷⁴. Esta afirmação de Roemer seria retomada e aprofundada nas conclusões que apresentou a 27 de abril de 1966, no processo *Consten*. O modo com o faz, e em particular, a resposta do Tribunal na sua decisão marcam indelevelmente a definição da jurisprudência do Tribunal relativa à definição do conceito de objeto restritivo da concorrência.

Com efeito, em *Consten*, Roemer encontra o primeiro recurso de anulação de uma decisão da Comissão que aplica, a um caso concreto, as normas do Tratado em matéria de concorrência, tratando-se da recusa em conceder a um determinado acordo entre empresas o benefício da exceção prevista no artigo 101.º, n.º 3 do Tratado. Invocando as suas conclusões anteriores apresentadas nos processos *Itália c. Conselho e Comissão* e *Société Technique Minière*, Roemer reconhece que “*podemos hoje referir-nos essencialmente à apreciação a que então*

⁸⁷² Cf. Conclusões do Advogado-geral Roemer no processo *Société Technique Minière*, p. 398.

⁸⁷³ Cf. Conclusões do Advogado-geral Roemer no processo *Société Technique Minière*, p. 398.

⁸⁷⁴ Cf. Conclusões do Advogado-geral Roemer no processo *Société Technique Minière*, p. 399. Compare-se esta posição com a preconizada pelo Advogado-geral Lagrangre em *Robert Bosch*, citado supra.

*procedemos, designadamente porque, nesses dois casos, nos esforçámos por considerar não apenas os argumentos apresentados pelas partes, mas também argumentos de princípio que era necessário examinar oficiosamente”*⁸⁷⁵, recorrendo igualmente ao Acórdão *Robert Bosch* para recordar que “o Tribunal aí declarou que não é possível formar uma opinião geral sobre a aplicabilidade do artigo 85.º, n.º 1, às proibições de exportar, mas é necessário apreciar todos os elementos de cada caso”⁸⁷⁶; é na análise dos problemas particulares do caso e, em especial, na sua conceção dos elementos que a Comissão, na aplicação do artigo 101.º, n.º 1, deveria atender, que se poderá desenvolver uma das questões nucleares da definição do *objeto restritivo*: a consideração dos efeitos da prática.

Recordemos a posição final do Tribunal: “*para efeitos da aplicação do artigo 85.º, n.º 1, a tomada em consideração dos efeitos concretos de um acordo é supérflua, desde que seja evidente que tem por objeto restringir, impedir ou falsear a concorrência. Portanto, a ausência, na decisão recorrida, de qualquer análise dos efeitos do acordo no plano da concorrência ... não pode constituir, por si só, um vício da decisão.*”⁸⁷⁷ Esta não era, todavia, a posição defendida por Roemer; em coerência com as suas conclusões no processo *Société Technique Minière*, o Advogado-geral defende a consideração dos efeitos na avaliação do preenchimento do artigo 101.º, n.º 1: “*no que se refere ao artigo 85.º, n.º 1, não é possível dispensar a observação do mercado in concreto. Não nos parece correto considerar esta observação apenas para a aplicação do n.º 3 do artigo 85.º, porque este número exige um exame sob pontos de vista completamente diferentes e específicos. Mas sobretudo... seria artificial aplicar o artigo 85.º, n.º 1, com base em considerações puramente teóricas, a situações nas quais um exame mais aprofundado demonstraria que não existe um prejuízo sensível da concorrência, para conceder então uma exceção com base no artigo 85.º, n.º 3. Na realidade, o artigo 85.º, n.º 1, exige uma comparação entre duas situações do mercado: a que se apresenta após a celebração de um acordo e a que existiria na ausência desse*

⁸⁷⁵ Cf. Conclusões do Advogado-geral Roemer no processo *Consten*, p. 452.

⁸⁷⁶ Cf. Conclusões do Advogado-geral Roemer no processo *Consten*, p. 452.

⁸⁷⁷ Cf. Conclusões do Advogado-geral Roemer no processo *Consten*, p. 434.

acordo. Desse exame concreto pode resultar que não é possível a um produtor encontrar escoamento para os seus produtos numa determinada parte do mercado se não concentrar a oferta nas mãos de um representante único. E isto significaria que, numa situação determinada, um acordo de distribuição exclusiva tem apenas efeitos suscetíveis de promover a concorrência”⁸⁷⁸.

Dois elementos podem ser abonados em favor da posição então assumida por Roemer: em primeiro lugar, o processo tratava de uma questão de natureza vertical. Suportando-se na contemporânea jurisprudência norte-americana em matéria de restrições verticais, Roemer recorda que “*o direito americano exige, para situações do género das que nos ocupa, um vasto exame das suas repercussões económicas*”⁸⁷⁹, e é com base nessa consideração que retoma a necessidade de ponderar a observação do mercado *in concreto* na determinação da restrição da concorrência, afastando como artificial uma “divisão de trabalho” entre o n.º 1 e o n.º 3 do artigo 101.º, se essa observação revelar que o acordo tem efeitos positivos para a concorrência. Em boa medida, trata-se de uma *análise mais económica* às restrições verticais, e à conclusão – embora não surja claramente expressa nestes termos nas conclusões do Advogado-geral – que uma restrição vertical desta natureza não deveria ser considerada uma restrição da concorrência pelo seu objeto. Em segundo lugar, Roemer assinala a aparente contradição entre a posição assumida pela Comissão na decisão (onde se limita a declarar que o acordo tem por *finalidade* prejudicar a concorrência), com a exigência de prejuízos *perceptíveis* à concorrência noutros casos. Para Roemer, tal “*implica um exame dos efeitos produzidos no mercado, e não compreendemos como pode a Comissão, ao mesmo tempo, sublinhar que não deve proceder a inquéritos quantitativos (por exemplo, sobre as percentagens realizadas no mercado) e que não é necessário observar o mercado in concreto*”⁸⁸⁰.

⁸⁷⁸ Cf. Conclusões do Advogado-geral Roemer no processo *Consten*, p. 453-454.

⁸⁷⁹ Cf. Conclusões do Advogado-geral Roemer no processo *Consten*, p. 453-454.

⁸⁸⁰ Cf. Conclusões do Advogado-geral Roemer no processo *Consten*, p. 453.

Roemer acaba por sinalizar, nas suas conclusões apresentadas no processo *Consten* algumas das questões que, ainda hoje, se levantam em torno da noção de *restrição da concorrência* e dos exatos contornos dos conceitos de restrição pelo objeto e de restrição pelo efeito. O caso em análise teria permitido, porventura, uma apreciação distinta consoante a restrição tivesse uma natureza horizontal ou vertical; o facto de Roemer não introduzir essa qualificação nem motivar, ainda que como excursus, uma avaliação distinta para os acordos entre empresas concorrentes quando se refere à necessidade de observação os efeitos da prática no mercado em concreto pode mesmo levar-nos a concluir que a mera consideração da finalidade do acordo nunca seria, na sua opinião, suficiente para preencher o conceito de restrição da concorrência pelo objeto, uma vez que mesmo neste caso seria necessário um qualquer módico de avaliação dos efeitos.

O Tribunal vai ancorar a sua conclusão no *princípio da liberdade da concorrência*, o que lhe permite suportar uma interpretação finalista da proibição do n.º 1, em termos tais que a finalidade restritiva do acordo sirva para o seu preenchimento. A esta luz, a análise dos efeitos – positivos – deveria ser relegada para a aplicação do n.º 3: *“foi justamente que a decisão recorrida considerou que o acordo constitui uma infração ao artigo 85.º, n.º 1, não podendo todas as considerações posteriores, tanto relativas a dados económicos (diferenças de preços entre a França e a Alemanha, carácter representativo do tipo de aparelho em causa, nível dos custos suportados pela Consten) como à exatidão dos critérios em que a Comissão se baseou nas suas comparações entre a situação nos mercados francês e alemão, bem como a eventuais efeitos favoráveis do acordo noutros aspetos, implicar de forma alguma, em presença das restrições acima referidas, uma solução diferente no âmbito do artigo 85.º, n.º 1”*⁸⁸¹; veremos de seguida em que moldes a jurisprudência do Tribunal densifica este tema.

O confronto entre as conclusões do Advogado-geral Roemer com as decisões finais do Tribunal de Justiça nos três acórdãos precedentes permite-nos extrair algumas conclusões preliminares úteis para o desenvolvimento seguinte,

⁸⁸¹ Acórdão *Consten*, p. 435.

em especial a necessidade de empreender uma avaliação compreensiva das circunstâncias de facto e de direito que põem em contexto um comportamento determinado. Questão diferente – que o Tribunal deixa claro – é saber se essa avaliação do contexto determina a avaliação das intenções das partes que subjazem ao acordo; e as consequências reais *ou potenciais* no mercado.

1.2. Desenvolvimento e consolidação: a jurisprudência do Tribunal de Justiça até à criação do Tribunal Geral

Os temas lançados pelo Tribunal de Justiça nos seus acórdãos iniciais sobre o conceito de restrição da concorrência pelo objeto seriam trabalhados e desenvolvidos ao longo das décadas de 1960, 1970 e 1980, até à criação do Tribunal Geral, em 1989⁸⁸². A introdução desta nova câmara jurisdicional como primeira instância em matéria de recurso de impugnação das decisões da Comissão em matéria de aplicação das regras de concorrência do Tratado teria um impacto relevante na dialética jurisprudencial, como verificaremos no ponto seguinte.

Ao longo destas três décadas, o Tribunal de Justiça seria chamado a intervir com maior frequência em questões de direito da concorrência, por via do reenvio prejudicial, mas também como consequência da crescente atividade processual da Comissão Europeia.

A jurisprudência referida anteriormente aponta para uma análise do contexto jurídico e económico que preside à adoção de um determinado comportamento empresarial, como condição necessária para a determinação da existência de um *objeto* restritivo da concorrência. Embora admitindo que o Tribunal de Justiça nem sempre é particularmente claro no modo como aborda a qualificação da prática (em especial, na distinção da prática como uma restrição

⁸⁸² A jurisprudência do Tribunal Geral, em especial nos Acórdãos do Tribunal Geral *European Night Services*, *Tréfilunion* e *GlaxoSmithKline*, fornece algum apoio a uma abordagem formal ao conceito de restrição da concorrência pelo objeto, que em nosso entender não merece apoio do Tribunal de Justiça.

por objeto ou por efeito), essa jurisprudência demonstra a consideração de elementos de contextualização a partir dos quais se pode aferir o objeto restritivo do acordo. Essa análise determina, assim, um afastamento da possibilidade de identificar proibições automáticas, para efeitos de aplicação do artigo 101.º, n.º 1.

Consideremos o acórdão *Cimenteries CBR*⁸⁸³, onde o Tribunal se pronuncia sobre um recurso de anulação de uma decisão da Comissão que recusa a aplicação do artigo 101.º, n.º 3 a um acordo notificado, nos termos do Regulamento n.º 17, envolvendo 28 cimenteiras belgas, duas neerlandesas e 44 alemãs, com o objetivo de prorrogar e reorganizar a regulamentação do mercado neerlandês do cimento que vigorava já há várias dezenas de anos⁸⁸⁴. Neste contexto, o acordo prevê, para o fornecimento do mercado neerlandês de cimento e *clinker*: contingentes, disposições sobre a instalação de novas cimenteiras, a fixação uniforme de preços e de condições de venda, compromissos de fornecimento e de compra, bem como determinadas proibições de exportação; a reação da Comissão ao acordo notificado dava conta da sua sujeição ao artigo 101.º, n.º 1 e da impossibilidade de o mesmo poder beneficiar da isenção do n.º 3.

Independentemente das questões processuais subjacentes ao sistema de notificação estabelecido pelo Regulamento 17/62, que não são objeto da nossa análise, interessa-nos sobretudo avaliar o modo como a Comissão conclui pela sujeição do acordo à proibição do n.º 1 e à impossibilidade de este beneficiar da exceção do n.º 3. Como nos dá nota o Advogado-geral Roemer, “*as comunicações impugnadas limitam-se a enumerar um certo número de cláusulas do acordo e a declarar que o artigo 85.º, n.º 1, é aplicável e que não é possível conceder uma*

⁸⁸³ Acórdão do Tribunal de Justiça de 15.3.1967, *Cimenteries CBR e o. c. Comissão*, 8/66 a 11/66, EU:C:1967:7, adiante “Acórdão *Cimenteries CBR*”.

⁸⁸⁴ Consideramos a descrição dos factos apresentada pelo Advogado-geral Roemer, nas suas conclusões de 15 de fevereiro de 1967 (EU:C:1967:2), p. 567 e ss.

autorização ao abrigo do artigo 85.º, n.º 3. Pelo contrário, não encontramos aí considerações específicas sobre os diferentes elementos do artigo 85.º, n.º 1”⁸⁸⁵.

O Tribunal de Justiça concordaria com a avaliação do Advogado-geral quanto à falta de fundamentação da decisão da Comissão, e afasta liminarmente a possibilidade de uma aplicação automática da proibição, e isto *independentemente da patente natureza restritiva* do acordo notificado, impõe a apreciação dos factos do caso concreto previamente à determinação do preenchimento das condições de aplicação do n.º 1: “*para excluir um acordo da isenção de multa prevista no artigo 15.º, n.º 5 do Regulamento n.º 17, a Comissão deve previamente, nos termos do artigo 15.º, n.º 6, considerar que estão preenchidas as condições de aplicação do n.º 1 do artigo 85.º do Tratado. Assim, é obrigada a apreciar os factos do caso concreto, a confrontá-los com os termos do artigo 85.º, n.º 1, e a decidir para verificar a reunião das várias condições referidas nesse texto. A Comissão objeta, erradamente, que o acordo é proibido sem que seja necessária qualquer decisão prévia. Com efeito, embora, nos termos do artigo 1.º do regulamento, os acordos ‘referidos’ no n.º 1 do artigo 85.º do Tratado ‘são proibidos, sem que seja necessária, para o efeito, uma decisão prévia’, a Comissão não deixa de estar obrigada a verificar que o acordo que lhe foi submetido se inclui entre os referidos no artigo 85.º, n.º 1, e reúne objetivamente todos os elementos previstos nesse artigo. Nomeadamente, as questões de saber se o acordo, notificado nos termos do artigo 5.º do regulamento, é suscetível de afetar o comércio entre Estados-membros, ou se tem como efeito alterar o funcionamento da concorrência, dependem da apreciação de elementos económicos e jurídicos que não podem ser dados por adquiridos sem a declaração expressa de que o caso concreto, considerado individualmente, reúne todas as condições previstas no artigo 85.º, n.º 1.”*⁸⁸⁶.

⁸⁸⁵ Cf. Conclusões do Advogado-geral Roemer no processo *Cimenteries CBR*, p. 581.

⁸⁸⁶ Cf. Acórdão *Cimenteries CBR*, p. 561-562 (sublinhados nossos).

No mesmo ano, o Tribunal de Justiça seria chamado a pronunciar-se mais claramente sobre esta condição do *contexto*, no âmbito de um pedido de decisão prejudicial do *tribunal de commerce* de Liège.

No essencial, a discussão na instância nacional que está na origem do Acórdão *Brasserie de Haecht*⁸⁸⁷ remete-nos para a apreciação de cláusulas de exclusividade em acordos de fornecimento de bebidas, tendo em conta que entre a *Brasserie de Haecht* (a demandada no processo nacional) e outros retalhistas para além dos requerentes, mas também entre outros fabricantes de cerveja belgas e os seus retalhistas existiriam acordos análogos. Assim, o Tribunal de Justiça foi convidado expressamente a apreciar se (i) para efeitos de determinação do preenchimento da proibição do artigo 101.º, n.º 1 há que ter em conta o contexto económico e o *conjunto do mercado* e (ii) se como “contexto do acordo” será de considerar “*a existência simultânea de um grande número de contratos do mesmo tipo, impostos por um número reduzido de fabricantes de cerveja belgas a uma fração muito importante dos retalhistas de bebidas ou deve apenas analisar-se os efeitos exercidos no mercado pelos referidos acordos isoladamente considerados?*”⁸⁸⁸.

A questão colocada permite, ademais, pôr em confronto a distinção entre a restrição por objeto e por efeito, não obstante a condição da consideração do contexto ser aplicável em ambos os casos. Como refere o Advogado-geral Roemer, “*no direito dos acordos entre empresas parece indicado apreciar-se antes de mais os acordos considerados isoladamente e, efetivamente, podem-se descobrir no artigo 85.º elementos que militam a favor desse modus faciendi. Assim, no n.º 1, a expressão ‘tenham por objetivo’ (restringir a concorrência), pois que se prende com a vontade dos interessados, com o que está dentro das suas faculdades... Em contrapartida, o n.º 1 também fala de acordos, dizendo simplesmente que devem ser ‘suscetíveis’ de afetar o comércio entre os Estados-membros e de ter ‘por efeito’*

⁸⁸⁷ Acórdão *Brasserie de Haecht*, já citado.

⁸⁸⁸ Apelamos aqui à descrição dos factos e à reprodução da questão colocada pelo órgão jurisdicional de reenvio nas conclusões do Advogado-geral Roemer, de 21.11.1967, p. 709.

*restringir a concorrência; eis aqui expressões que permitem considerar os acordos de um ponto de vista objetivo e que não excluem a possibilidade de ter em conta elementos extrínsecos ao acordo a apreciar, isto é, designadamente, outros acordos paralelos.”*⁸⁸⁹; no caso, o Advogado-geral conclui que, isoladamente, os acordos em causa podem ser “*perfeitamente inofensivos para o mercado comum*”; mas a consideração da globalidade de acordos análogos poderá conduzir à identificação de consequências restritivas da concorrência no mercado comum: “*é-nos mesmos permitido afirmar que o resultado continua a ser particamente o mesmo se se apreciar globalmente o conjunto dos fabricantes do sistema de distribuição de cada um dos fabricantes de cerveja tomados isoladamente; com efeito, quando o número desses sistemas de distribuição é elevado... é difícil admitir-se que um desses sistemas origina por si só uma alteração perceptível do comércio entre Estados. Em contrapartida, é perfeitamente concebível que esse efeito surja se se considerar o jogo combinado de todos os contratos de fornecimento...*”⁸⁹⁰.

Assente na distinção entre restrições por objeto e por efeito que havia definido em *Société Technique Minière*, o Tribunal de Justiça concede na decisão na fundamental diferença entre ambas: *a necessidade de observação dos efeitos em concreto*: “*ao proibir os acordos, decisões ou práticas, em razão não apenas do seu objeto, mas também dos efeitos que produzem na concorrência, o n.º 1 do artigo 85.º implica a necessidade de observar esses efeitos no quadro em que se produzem, isto é, no contexto económico e jurídico no qual esses acordos, decisões ou práticas se inserem e onde podem concorrer, com outros, para a produção de um efeito cumulativo sobre o jogo da concorrência. Seria vão, com efeito, proibir um acordo, uma decisão ou uma prática devido aos seus efeitos, se estes devessem ser separados do mercado em que se manifestam e apenas pudessem ser analisados separados do feixe de efeitos, convergentes ou não, no seio dos quais se produzem. Para se apreciar se está abrangido pela proibição do n.º 1 do artigo 85.º um acordo não pode, portanto, ser isolado desse contexto, isto é, das circunstâncias de facto ou*

⁸⁸⁹ Cf. Conclusões do Advogado-geral Roemer no processo *Brasserie de Haecht*, p. 711.

⁸⁹⁰ Cf. Conclusões do Advogado-geral Roemer no processo *Brasserie de Haecht*, p. 713.

de direito de que resultem ter este por efeito impedir, restringir ou falsear o jogo da concorrência... A existência de contratos similares é uma circunstância que, com outras, por formar o todo que constitui o contexto económico e jurídico no qual o contrato deve ser apreciado. Embora essa situação deva, portanto, ser tida em consideração, não pode, contudo, ser por si só considerada como determinante. Com efeito, apenas se trata aí de um elemento, entre outros para se saber se, por meio de uma eventual alteração do jogo da concorrência, o comércio entre os Estados-membros é suscetível de ser afetado”⁸⁹¹. Este acórdão é particularmente distinto no modo como permite aferir a distinta calibração do contexto consoante se trate de uma restrição pelo objeto ou pelo efeito, como pode resultar, designadamente, do confronto entre os acórdãos *Société Technique Minière* e *Brasserie de Haecht*: naquele, avaliando o contexto em que as partes fixam o seu acordo para determinar se do mesmo resulta um objeto restritivo da concorrência⁸⁹²; neste, procurando determinar se o efeito do acordo (ou seja, as suas consequências) no contexto em que celebrado, é restritivo da concorrência⁸⁹³.

No Acórdão *Chemiefarma*⁸⁹⁴, o Tribunal de Justiça pronuncia-se, pela primeira vez, sobre um recurso de anulação de uma decisão da Comissão de aplicação de uma multa por violação do artigo 101.º, n.º 1. O comportamento em causa respeita a uma prática concertada envolvendo cinco empresas neerlandesas, que tinha por objeto a repartição de mercados nacionais e a fixação de preços e de quotas de exportação de quinina e de quina. Na apreciação do recurso quanto ao mérito, o Tribunal teve em consideração o contexto do próprio acordo na determinação do seu objeto restritivo⁸⁹⁵. Mas, em particular,

⁸⁹¹ Acórdão *Brasserie de Haecht*, p. 706-707 (sublinhados nossos).

⁸⁹² Acórdão *Société Technique Minière*, p. 387.

⁸⁹³ Uma vez que, tomado isoladamente, não revelava uma afetação da concorrência.

⁸⁹⁴ Acórdão *Chemiefarma*, já citado.

⁸⁹⁵ Ver Acórdão *Chemiefarma*, n.ºs 110-114: “O *gentleman’s agreement*, cuja existência até Outubro de 1962 é reconhecida pela recorrente, tinha por objeto restringir a concorrência no mercado comum. As partes na convenção de exportação declararam-se mutuamente dispostas a respeitar o *gentleman’s agreement* e admitem ter actuado em conformidade até finais de Outubro

demonstra a necessidade de atender ao contexto económico na apreciação do objeto restritivo do acordo; com efeito, recusando uma qualificação automática do comportamento das empresas como uma restrição da concorrência, o Tribunal analisa os argumentos das recorrentes relativamente às alegadas motivações subjacentes à prática contestada para, à luz das condições jurídicas e económicas presentes à data dos factos, concluir pelo objeto restritivo da concorrência.

Assim, *“a recorrente defende que devido especialmente à penúria de matérias-primas, a repartição dos mercados nacionais, tal como resulta da troca de cartas de outubro/novembro de 1963, não tinha qualquer incidência sobre a concorrência no mercado comum”*⁸⁹⁶. Este argumento é afastado pelo Tribunal por dois motivos: primeiro, porque *“apesar da escassez de matérias-primas e de um aumento da procura dos produtos em causa... apenas se manifestou uma ameaça séria de penúria em 1964, na sequência da interrupção dos fornecimentos da empresa Nedchem provenientes da administração americana”*⁸⁹⁷; segundo, *“tal situação não é suscetível de tornar lícito um acordo que tem por objeto restringir a concorrência no mercado comum e afetar as trocas entre os Estados. A repartição dos mercados nacionais tem por objeto restringir a concorrência e as trocas efetuadas no mercado comum. O facto de este acordo ter revelado na prática, quando se manifestou a ameaça de escassez de matérias-primas, uma influência menor sobre a concorrência e sobre o comércio internacional do que no período normal, não pode alterar a constatação de que as partes não cessaram o seu comportamento”*⁸⁹⁸; por outro lado, a posição das empresas envolvidas no mercado não deixa de sopesar na apreciação do Tribunal, sendo estas

de 1962. Este documento constitui, assim, a expressão fiel da vontade comum dos membros do acordo sobre o seu comportamento no mercado comum. Além disso, contém uma cláusula, nos termos da qual a violação do gentleman's agreement constitui ipso facto uma violação da convenção de exportação. Nestas condições, é conveniente ter em consideração este vínculo de forma a qualificar o gentleman's agreement em relação às categorias de actos proibidos pelo n.º 1 do artigo 85.º”.

⁸⁹⁶ Acórdão *Chemiefarma*, n.º 125.

⁸⁹⁷ Acórdão *Chemiefarma*, n.º 126.

⁸⁹⁸ Acórdão *Chemiefarma*, n.ºs 127-129.

identificadas como detendo a “*quase totalidade da quinina e da quina escoadas no mercado comum*”⁸⁹⁹. Por isso, o Tribunal invocará tal circunstância na apreciação da natureza restritiva de dois comportamentos imputados às empresas: a fixação em comum dos preços de venda⁹⁰⁰, e a imposição da proibição de produção de quina sintética a empresas francesas: “*dada a gravidade das restrições impostas às empresas de um Estado-membro em favor de empresas de outros Estados-membros e considerando a importância destas empresas no mercado em questão, tais restrições têm manifestamente por objeto restringir a concorrência no interior do mercado comum...*”⁹⁰¹.

Esta conclusão é particularmente importante se considerarmos que o Tribunal não a atinge sem percorrer igualmente os argumentos relativos ao contexto económico que poderiam ser invocados para justificar a prática, seja pela ausência de efeitos no mercado ou pela ausência de matéria-prima. Interessa sim identificar o objeto restritivo do acordo: a proteção dos territórios ou mercados das empresas envolvidos, *independentemente* da suscetibilidade dos efeitos do acordo: “*a circunstância invocada de as empresas francesas não terem condições, na época em que foi celebrado o referido acordo, para fabricar a quina sintética, não pode tornar lícita tal restrição que impedia qualquer possibilidade de retomarem essa atividade. A aceitação pelas empresas francesas da referida limitação à sua liberdade de ação pode explicar-se tendo em conta o interesse que manifestavam – devido aos preços especialmente elevados por elas*

⁸⁹⁹ Cf. Acórdão *Chemiefarma*, n.º 133.

⁹⁰⁰ Cf. Acórdão *Chemiefarma*, n.º 133.

⁹⁰¹ Cf. Acórdão *Chemiefarma*, n.º 155. Nas suas conclusões de 10.10.1970, o Advogado-geral Joseph Gand apresenta um raciocínio semelhante: “*Que tais práticas tenham sido susceptíveis de afectar o comércio entre Estados-membros não parece facilmente contestável, apesar das afirmações da Chemiefarma; a fixação dos preços e a proteção dos mercados nacionais constituíam obstáculos às trocas que impediam os compradores de beneficiar do comportamento que as empresas poderiam ter adoptado se não estivessem vinculadas entre si. Que tais práticas tivessem tido igualmente por efeito impedir ou restringir a concorrência parece ainda mais evidente. É certo que a Chemiefarma se queixa de a decisão impugnada não permitir estabelecer qual o grau de concorrência considerado recomendável. A esta questão um pouco teórica, poder-se-ia responder pela negativa, ou seja, que é no mínimo necessário um sistema que não efetue a repartição dos mercados e imponha os preços*” (p. 493-494)

praticados em França em relação aos seus produtos – em garantir a proteção territorial de que beneficiavam no seu mercado nacional... Embora se admita que, devido à escassez de matérias primas constatada pela decisão impugnada..., a proteção dos mercados nacionais não tenha, na sua última fase, exercido efeitos importantes a nível da concorrência e das trocas entre os Estados-membros, tal acordo prolongou-se até Fevereiro de 1965.”⁹⁰²

A análise empreendida pelo Tribunal para demonstrar a intenção das partes, aferida à luz das concretas circunstâncias de facto e de direito que a rodearam a decisão de acordar a fixação de preços e a proteção territorial (associada à proibição de exportação) é essencial para revelar objeto restritivo do acordo, ainda que as suas consequências, à luz da evolução do mercado, pudessem ficar aquém do que seria pretendido pelas empresas.

Também no Acórdão *Cementhandelaren*⁹⁰³, o Tribunal de Justiça procura avaliar o contexto que rodeia a prática para determinar o seu objeto. Aqui, uma vez mais, estamos perante um recurso de anulação de uma decisão da Comissão que concluiu que uma decisão adotada no seio de uma associação de comerciantes de cimento nos Países Baixos (a *Vereeniging van Cementhandelaren*) não era compatível com o artigo 101.º, n.º 1, recusando igualmente a isenção com base no n.º 3. Tratava-se da regulamentação geral dos preços e das condições de venda adotada pela associação que instituíra, para os seus associados, um regime de preços fixos para as vendas de cimento por quantidades inferiores a 100 toneladas, e um sistema de preços “indicativos” ou de “orientação” para vendas de toneladas superiores. Na sequência da decisão da Comissão, a associação decidiu revogar as regulamentações relativas ao regime de preços fixos, mantendo, todavia, o regime dos preços indicativos.

⁹⁰² Acórdão *Chemiefarma*, n.º 156-160.

⁹⁰³ Acórdão do Tribunal de Justiça de 17.10.1972, *Vereeniging van Cementhandelaren c. Comissão*, 8/72, EU:C:1972:84, adiante “Acórdão *Cementhandelaren*”.

A posição do Tribunal assume especial interesse à luz da condição de análise do *contexto da prática* para determinação do seu objeto restritivo. Embora assumindo claramente estar perante uma restrição da concorrência, já que “*se um regime de preços de venda obrigatórios é manifestamente contrário a esta disposição, o regime dos preços indicativos é-o igualmente*”⁹⁰⁴, o percurso do Tribunal para atingir esta conclusão passa pela análise não apenas da regulamentação em causa, como do contexto – no caso, a globalidade das condições decorrentes da ligação das empresas à associação – que determina a natureza restritiva da prática, *não obstante tratar-se já apenas da indicação dos preços que deveriam ser seguidos pelos associados, e não a sua imposição*. Assim, para o Tribunal concluir que “*a fixação de um preço, mesmo unicamente indicativo, afeta a concorrência pelo facto de que permite a todos os participantes preverem, com um grau razoável de certeza, qual a política de preços prosseguida pelos seus concorrentes*”⁹⁰⁵, tornou-se necessário verificar que “*às disposições relativas aos ‘preços indicativos se junta a obrigação de realizar, em todos os casos, um lucro demonstrável e quanto estas disposições devem, para o resto, ser consideradas no quadro do conjunto das regulamentações internas da associação recorrente, caracterizadas por uma disciplina rigorosa, que inclui controlos e sanções*”⁹⁰⁶, e que “*o acordo referido pela decisão em litígio comporta ainda um conjunto de cláusulas restritivas sobre outras condições de transação*”⁹⁰⁷; é esta análise que permite ao Tribunal concluir que “*o exame do conjunto das regulamentações objeto da decisão em litígio fá-las aparecer como um sistema coerente e rigorosamente organizado, que tem por objeto restringir a concorrência entre os aderentes da associação*”⁹⁰⁸.

⁹⁰⁴ Cf. Acórdão *Cementhandelaren*, n.º 19.

⁹⁰⁵ Cf. Acórdão *Cementhandelaren*, n.º 21.

⁹⁰⁶ Cf. Acórdão *Cementhandelaren*, n.º 22.

⁹⁰⁷ Cf. Acórdão *Cementhandelaren*, n.º 23. Em causa estariam cláusulas que “*têm por objeto impedir a venda de cimento a comerciantes não membros da associação ou revendedores por esta aprovados, prevenir a constituição de stocks de cimento nas mãos de terceiros não submetidos à disciplina da associação, limitar estritamente as vantagens comerciais que possam ser concedidas aos compradores e impedir todas as prestações de serviços à clientela que saiam do âmbito do que é considerado como ‘normal’*” (n.º 24).

⁹⁰⁸ Cf. Acórdão *Cementhandelaren*, n.º 25.

A necessidade de avaliar o contexto económico e jurídico para além da *manifesta natureza restritiva do acordo em análise* é também evidenciada nas conclusões do Advogado-geral Mayras, onde traz à colação a distinção – introduzida pela jurisprudência do Tribunal – entre uma avaliação meramente abstrata e teórica do acordo e a sua análise no seu contexto; assim, o “*carácter alternativo do objeto ou do efeito tem por consequência que não há que atender aos efeitos concretos de um acordo ou de uma decisão de associação de empresas, quando se vir que tem manifestamente por objetivo restringir, impedir ou falsear a concorrência. É o princípio que o Tribunal expôs no seu acórdão de 13 de junho de 1966, Grundig, e se, através de outras decisões, este Tribunal deu novo cambiante ao seu pensamento, ao indicar que havia que ter em conta ‘o contexto económico e jurídico do acordo’ – acórdãos de 30 de junho de 1966, LTM/MBU, e de 30 de junho de 1969, Völk/Vervaecke -, pensamos que, neste caso a própria existência de uma regulamentação sancionada, tendo em vista organizar o negócio do cimento, enleando os comerciantes numa rede fechada e detalhada de prescrições relativas não só aos preços mas também às condições relativas não só aos preços mas também às condições de venda e de entrega, é suficientemente reveladora do objetivo prosseguido pela VCH.*”⁹⁰⁹ (p. 349).

Conclusão muito semelhante encontramos no Acórdão *Papiers Peints*⁹¹⁰. Aqui discute-se, uma vez mais, um recurso de anulação de uma decisão da Comissão relativo a determinados acordos adotados no seio do *Groupement des fabricants de papiers peints de Belgique*, em especial do regulamento interno dessa associação, nos termos da qual os seus associados se comprometiam a unificar as suas condições gerais de venda, através da instituição de preços comuns e na atribuição de um desconto cuja importância dependeria do volume das compras anuais efetuadas junto dos membros. O Tribunal irá igualmente avaliar igualmente o funcionamento do regulamento interno da associação no

⁹⁰⁹ Conclusões do Advogado-geral Henry Mayras, de 21.9.1972, p. 349.

⁹¹⁰ Acórdão de 26.11.1975, *Groupement des fabricants de papiers peints de Belgique e o. c. Comissão*, 73/74, EU:C:1975:160, adiante “Acórdão *Papiers Peints*”.

contexto da sua operação, concluindo que “a regulamentação do mercado efetuado pelo Groupement, caracterizada pela sua política de preços e de descontos e provido de sanções em ordem a uma estrita observância das condições gerais de venda, tinha por objeto e por efeito restringir ou falsear a concorrência na Bélgica e, portanto, no mercado comum”⁹¹¹.

Igualmente, em *Coöperatieve*⁹¹², no âmbito de um recurso de anulação de uma decisão da Comissão que concluía pela existência de uma infração ao artigo 101.º, n.º 1 em duas regras de funcionamento da *Coöperatieve Stremsel-en Kleurselfabriek*, uma cooperativa de produtores de lacticínios e derivados nos Países Baixos, dedicada à produção de coalho e agentes corantes para queijos. Em causa, a imposição de regras de compra exclusiva imposta aos membros da cooperativa, e a fixação de uma compensação pela saída da cooperativa, calculada com base no histórico de compras de coalho. Aqui, o Tribunal, avaliando a globalidade das regras aplicáveis aos membros da cooperativa e o facto de estes serem responsáveis por mais de 90% da produção de queijo neerlandesa, conclui que a existência de tais regras *teria claramente por objetivo prevenir os membros da cooperativa de se abastecerem junto de outros fornecedores ou de desenvolverem eles próprios tal capacidade*⁹¹³, e como tal uma restrição, pela sua própria natureza, da concorrência.

Todavia, esta conclusão suporta-se na análise do contexto económico em que tais regras se inserem e são aplicadas. Com efeito, uma questão interessante

⁹¹¹ Acórdão *Papiers Peints*, n.º 21. O Tribunal acabaria por concluir que a Comissão não conseguiu satisfazer o seu dever de fundamentação na demonstração do critério da afetação do comércio entre Estados-Membros, designadamente porque a sua “decisão não explica como é que o facto de 10% das importações belgas, que representam 5% do total do mercado belga, serem vendidas pelo Groupement segundo os seus preços e condições, é, na falta de relações de exclusividade entre os membros do Groupement e os produtores estrangeiros, susceptível de afectar o comércio entre Estados-membros” (cf. n.º 29). Neste acórdão (já posterior ao Acórdão *Völk* e às primeiras orientações da Comissão em relação a restrições *De Minimis*), o Tribunal exige à Comissão a demonstração da dimensão *apreciável* da restrição, não obstante a contrariedade *manifesta* previamente identificada do regulamento do Groupement com a proibição do artigo 101.º, n.º1.

⁹¹² Acórdão de 25.3.1981, *Coöperatieve Stremsel-en Kleurselfabriek c. Comissão*, 61/80, EU:C:1981:75, adiante “Acórdão *Coöperatieve*”.

⁹¹³ Cf. Acórdão *Coöperatieve*, n.º 12.

abordada neste acórdão prende-se com as observações apresentadas pela República Francesa que, compreensivelmente, revela alguma preocupação com o impacto que uma decisão de qualificação de tais regras da *Coöperatieve* como restrições da concorrência pelo objeto teria no sector cooperativo agrícola francês. Assim, a República Francesa vem defender que tanto a obrigação de compra exclusiva, como a obrigação de pagar uma compensação pela saída não poderiam ser considerados *em princípio* incompatíveis com o artigo 101.º, n.º 1, uma vez que se tratariam de condições necessárias à constituição e ao funcionamento de cooperativas agrícolas com algum grau de sucesso⁹¹⁴.

O Tribunal procura aqui uma solução de alguma razoabilidade: por um lado, não dando uma solução expressa e clara à posição francesa, que o poderiam levar a pronunciar-se sobre matérias não trazidas ao seu julgamento; por outro, chamando à atenção que *o que presidiu à identificação de uma restrição por objeto nas regras da Coöperatieve é o seu contexto*, em especial o facto de a mesma, através dos seus associados, deter um quase monopólio da produção de lacticínios nos Países Baixos⁹¹⁵. Como tal, é com base na análise do contexto económico concreto em que as regras da *Coöperatieve* são aplicadas – e que não é replicável necessariamente para outras associações ou cooperativas com regras idênticas – que o Tribunal pode concluir pela identificação de uma restrição da concorrência pelo objeto.

A análise do contexto, enquanto elemento essencial na determinação do objeto (ou efeito) restritivo de um determinado comportamento empresarial nos acórdãos citados permite-nos identificar um tema recorrente na avaliação do Tribunal: a necessidade de analisar os factos de cada caso como condição

⁹¹⁴ Cf. Acórdão *Coöperatieve*, n.º 23.

⁹¹⁵ Assim, Acórdão *Coöperatieve*, n.º 25: “bearing in mind that the contested decision describes in detail the particular economic context to which the relevant provisions belong, it should be stated that as the position of the farming cooperatives referred to by the French Government comes within a different context, it is not a issue in the presente case.” Já nas suas conclusões de 18.2.1981 (EU:C:1981:45), o Advogado-geral Warner apresentou o mesmo argumento: “it seems to me that this case is not comparable to that of a small local farmers’ cooperative. An essential feature of it, as Counsel for the French Government appreciated, is the monopoly or near-monopoly position of the Cooperative in the Netherlands” (p. 880).

necessária para a identificação de uma restrição da concorrência. A avaliação objetiva do contexto *jurídico e económico*, ou seja, dos elementos que em cada caso concreto, influenciam, condicionam ou determinam uma determinada conduta empresarial são, por isso, tidos em conta na conclusão do que possa ser uma restrição da concorrência, ainda que a intenção ou motivação das empresas envolvidas possa não ser – ou não ser apenas – essa.

Assim, mesmo que uma determinada conduta seja motivada por objetivos lícitos, o contexto jurídico e económico da sua adoção pode determinar a identificação de uma restrição da concorrência.

Considere-se, por exemplo, o Acórdão IAZ⁹¹⁶, de novembro de 1983. O processo tem origem num recurso de anulação de uma decisão adotada pela Comissão Europeia que concluíra pela infração do artigo 101.º, n.º 1 no que respeita ao acordo relativo à certificação de conformidade para máquinas de lavar louça e roupa emitido pela NAVEWA-ANSEAU, a associação nacional belga de empresas fornecedoras de água. Nos termos da legislação em vigor, as empresas responsáveis pelo fornecimento de água para consumo humano assumiam a responsabilidade de garantir a qualidade da água e a impedir a sua contaminação; neste contexto, a sua associação representativa (a NAVEWA-ANSEAU) desenvolvia, entre outras, diligências de verificação de conformidade das máquinas de lavar louça e roupa comercializadas no mercado belga, para determinar se cumpriam com os requisitos legais impostos para impedir a contaminação da água potável. O acordo em causa, celebrado entre a NAVEWA-ANSEAU e um conjunto de fabricantes de máquinas e importadores e seus representantes (as associações de produtores, importadores e comercializadores de aparelhos elétricos) regulava a aposição do “selo de conformidade” nos referidos aparelhos, sujeito à supervisão da NAVEWA-ANSEAU. A Comissão conclui que o objetivo e efeito do acordo era tornar impossível, ou pelo menos dificultar substancialmente, a importação paralela (fora dos circuitos diretos de

⁹¹⁶ Acórdão IAZ, já citado.

comercialização estabelecidos pelos respetivos produtores e importadores) deste tipo de aparelhos elétricos para o mercado belga.

Com efeito, em resultado das investigações conduzidas pela Comissão verificou-se que: (i) uma das associações envolvida objetava a uma das alternativas possíveis de verificação de conformidade (a identificação dos modelos conformes através de listas públicas), uma vez que isso iria beneficiar os importadores paralelos, já que os aparelhos por si comercializados acabariam por beneficiar do “selo de conformidade”, sem terem para o efeito contribuído para os custos associados à sua obtenção; (ii) outra associação expressou que o sistema de conformidade serviria de “arma” contra os importadores paralelos, uma vez que apenas esta associação estava autorizada a emitir os “selos de conformidade”, e apenas os iria conceder aos importadores oficiais; (iii) documentos internos da NAVEWA-ANSEAU revelavam que a diferença no tratamento entre importadores “oficiais” e “paralelos” seria possível em resultado da imposição deste sistema, sugerindo-se por isso a introdução de mecanismos que permitissem aos importadores paralelos a obtenção dos referidos “selos de conformidade”; (iv) da estrutura do acordo e dos seus mecanismos de implementação resultava uma clara diferenciação entre os importadores “oficiais” e os importadores paralelos – embora estes pudessem solicitar a atribuição individual de um selo de conformidade, os custos inerentes a esta alternativa eram substancialmente mais elevados do que aquelas em que incorreriam os importadores oficiais no quadro do funcionamento normal da verificação de conformidade⁹¹⁷.

A conclusão do Tribunal, de que o acordo tinha o *objetivo* e o *efeito* de restringir a concorrência⁹¹⁸, é construída uma vez mais com base na análise do contexto jurídico e económico, do qual retirou que (i) o referido acordo foi definido pelas partes (*restrição pelo objeto*); e que (ii) produziu os seus efeitos (*restrição pelo efeito*). Assim, enquanto as recorrentes alegam que a Comissão

⁹¹⁷ Cf. Acórdão IAZ, n.ºs 1-6.

⁹¹⁸ Cf. Acórdão IAZ, n.ºs 25 e 28.

não respeitou o seu dever de demonstração e fundamentação quanto ao objeto restritivo do acordo, uma vez que o seu verdadeiro objetivo se prendia com a necessidade de assegurar as verificações de conformidade impostas por lei e redução dos custos administrativos envolvidos, nem tampouco demonstrou que a restrição da concorrência é uma intenção de todas as empresas envolvidas, o Tribunal conclui que *não obstante os objetivos prosseguidos relativos à proteção da saúde pública e à diminuição dos custos administrativos*, o acordo, tendo em conta os seus termos, o contexto jurídico e económico em que foi concluído e a conduta das partes, tinha o objetivo de restringir a concorrência⁹¹⁹. Neste caso, aliás, o Tribunal procura distinguir claramente a identificação da infração por objeto da infração por efeito (algo que, noutros arestos, nem sempre resulta claramente). Assim, a infração pelo objeto resulta da identificação e caracterização do contexto jurídico e económico que presidiu à definição do acordo, para o qual contribuem os elementos de facto no processo administrativo relativos aos propósitos das diversas associações participantes e sua intenção mais ou menos evidente de prejudicar (ou conferir um tratamento discriminatório) aos importadores paralelos⁹²⁰; já a restrição pelo efeito é revelada não só pela suscetibilidade do acordo em dificultar as importações paralelas destes aparelhos elétricos, mas também porque as empresas participantes detinham 90% do mercado.

Questão pertinente, o facto de os objetivos legítimos alegados pelas recorrentes – e não disputados pelo Tribunal – não lhe permitirem uma conclusão distinta quanto ao preenchimento da proibição do artigo 101.º, n.º 1 do Tratado; como veremos adiante, a consideração de objetivos de interesse

⁹¹⁹ Assim, Acórdão IAZ, n.º 25, sendo irrelevante o facto de não se demonstrar que todas as partes envolvidas no acordo tinham a intenção de restringir a concorrência. Notamos, também o facto de o Tribunal admitir que tal restrição poderia ter subjacente um objetivo legítimo (neste caso, a proteção da saúde pública e a diminuição dos custos inerentes à realização de uma determinada atividade imposta por lei), mas o mesmo não é suficiente para afastar a aplicação do artigo 101.º, n.º 1. Todavia, como veremos noutros casos (e.g., Acórdãos *Nungesser* e *AEG-Telefunken*), a identificação de um objetivo legítimo pode determinar o afastamento da proibição.

⁹²⁰ Cf., em especial, o n.º 24.

público⁹²¹ ou da natureza acessória da restrição necessária para a execução de acordos pró-competitivos⁹²², levará, em distintas circunstâncias de facto, a conclusões diferentes pelo Tribunal.

A avaliação da intenção das empresas – como referido no Acórdão *IAZ*, determinada com base nos elementos de facto recolhidos durante a investigação da Comissão – para determinação do objeto restritivo de um acordo à luz do seu contexto jurídico e económico, sendo relevante, não é condição necessária, e pode mesmo ser irrelevante para a determinação do objeto (ou objetivo) restritivo da concorrência.

Encontramos esta conclusão, designadamente, no Acórdão *CRAM*, de março de 1984⁹²³, onde se analisam os recursos de impugnação interpostos por duas empresas, a *Compagnie Royale Asturienne des Mines* (“*CRAM*”), e a *Rheinzink*, contra uma decisão da Comissão dirigida a cinco produtores de zinco na Comunidade, relativo a práticas restritivas da concorrência assentes num conjunto de medidas de proteção de mercados nacionais (e de cooperação mútua) adotadas por tais empresas, onde se incluem as duas recorrentes, e que conclui infringirem o artigo 101.º, n.º 1 do Tratado.

Notamos que neste caso, a Comissão concluía pela existência de três infrações distintas. O percurso que o Tribunal percorre relação a cada uma delas no seu acórdão permite identificar o peso que o contexto assume na identificação da restrição, mas também que esse contexto é fluído e determinado casuisticamente, de acordo com as circunstâncias relevantes em cada caso concreto.

Assim, quanto à prática concertada – assente, de acordo com a decisão da Comissão, numa concertação entre as duas recorrentes com vista à proteção do

⁹²¹ E.g., Acórdão *Wouters*, já citado.

⁹²² E.g., Acórdão do Tribunal Geral *M6*, já citado.

⁹²³ Acórdão *CRAM*, já citado.

mercado alemão, evitando importações paralelas de zinco de países com diferenciais substanciais de preço em relação à Alemanha – verificou-se que ambas as empresas haviam entregue, ao longo de 1976 (até outubro desse ano) grandes quantidades de zinco a uma terceira empresa, belga, a *Shiltz*, para revenda no mercado egípcio. As vendas à *Shiltz* eram feitas por preços equivalentes aos preços para comercialização no mercado belga, substancialmente inferiores aos praticados no mercado alemão; verificou-se, também, que dois funcionários da *Rheinzink* descobriram, em finais de Outubro de 1976, que os produtos que eram entregues à *Shiltz* para comercialização do mercado egípcio estavam de facto a ser reexportados por esta empresa para o mercado alemão, onde eram vendidos a preços consideravelmente mais baixos do que os que eram praticados pela *CRAM* e pela *Rheinzink*. Até ao fim de outubro de 1976, ambas as empresas cessaram os seus fornecimentos à empresa belga⁹²⁴.

A posição da Comissão em relação a estes factos é suportada na *ausência de explicação alternativa* para a conduta das empresas alemãs na cessação de fornecimentos à empresa belga, que não o seu entendimento prévio (em resultado de uma troca de informações), com vista à adoção de uma ação paralela de retaliação contra a *Shiltz* para proteção do nível de preços praticados no mercado alemão⁹²⁵. Na análise das relações entre estas empresas, o Tribunal concluiu todavia que a Comissão não conseguiu demonstrar e provar a existência de uma concertação, e que a conduta das empresas na cessação de fornecimentos à empresa belga poderia ser explicada no quadro das relações comerciais pré-existent. Idêntica falta de demonstração leva o Tribunal a afastar-se da decisão da Comissão também em relação ao terceiro comportamento imputado a título de violação do artigo 101.º, n.º 1 do Tratado.

⁹²⁴ Cf. Acórdão *CRAM*, n.º 12-13.

⁹²⁵ Cf. Acórdão *CRAM*, n.º 14. Neste ponto específico das suas conclusões, a Comissão suporta-se na jurisprudência firmada pelo Tribunal no Acórdão *ICI*, já citado, em esp., n.º 64.

É, todavia, na análise do segundo comportamento imputado às recorrentes que o Tribunal aprofunda a noção da restrição da concorrência pelo objeto. Trata-se aqui de analisar o enquadramento a dar a uma das cláusulas dos contratos de fornecimento da CRAM e da Rheinzink à Shiltz, nos termos da qual esta última tinha obrigatoriamente de exportar para o mercado egípcio a totalidade das compras de zinco realizadas às duas primeiras. Para a Comissão, esta cláusula constituía, *pelo seu próprio objeto*, uma restrição da concorrência, uma vez que limita a liberdade do comprador na comercialização daquele produto onde bem entendesse, permitindo aos vendedores controlar as importações paralelas no mercado comum⁹²⁶; mas também teria um *efeito restritivo*, como resulta de ambas as empresas alemãs terem cessado os seus fornecimentos assim que verificaram que a Shiltz estava a revender os mesmos produtos no mercado alemão⁹²⁷. No caso, a Rheinzink alega que tais cláusulas não foram impostas pelos vendedores, mas introduzidas pela própria Shiltz, como contrapartida da obtenção de um preço mais baixo para revenda fora do mercado comum, concluindo alegando que um acordo apenas poderá ter um objeto restritivo se ambas as partes envolvidas no mesmo tiverem fixado, em comum, esse objeto.

Na resposta a esta alegação, o Tribunal reforça a natureza objetiva da determinação de uma restrição da concorrência pelo objeto: *“de modo a determinar se um acordo tem por objeto a restrição da concorrência, não é necessário determinar se as duas partes contratantes tomaram a iniciativa de inserir uma cláusula em particular ou verificar se as partes tinham uma intenção comum na altura em que concluíram o acordo. É pelo contrário uma questão de examinar os objetivos prosseguidos pelo acordo como tal, à luz do contexto económico no qual esse acordo deverá ser aplicado”*⁹²⁸. Notamos ainda que, para o efeito de determinação do contexto o Tribunal perscruta o histórico das relações

⁹²⁶ Cf. Acórdão CRAM, n.º 25.

⁹²⁷ Cf. conclusões do Advogado-geral Rozès de 1.2.1984, no processo CRAM (EU:C:1984:38), p. 1714.

⁹²⁸ Cf. Acórdão CRAM, n.º 26 (tradução nossa).

entre as empresas alemãs e a empresa belga: que a primeira encomenda da Shiltz à CRAM destinava-se a satisfazer um cliente alemão, tendo por isso encomendado placas de zinco com dimensões habituais para comercialização no mercado alemão; que a CRAM havia retorquido que tais dimensões eram comuns para fornecimentos destinados ao mercado alemão e francês, mas não para o mercado belga (como supunha que fosse o objetivo da Shiltz), não compreendendo por isso o interesse da Shiltz na compra; que esta, de seguida, solicitou tanto à CRAM como à Rheinzink as mesmas medidas para novos fornecimentos, mas com o alegado destino de revenda para o mercado egípcio, tendo os vendedores cobrado os mesmos preços que cobrariam para vendas destinadas ao mercado belga. Nestas circunstâncias, conclui o Tribunal, as cláusulas em questão não podiam deixar de ter sido introduzidas para prevenir a reimportação dessas placas de zinco para o seu país de origem, servindo por isso para proteger o sistema de preços dual definido pelas empresas alemãs e para restringir a concorrência no mercado comum⁹²⁹. Por isso, seriam uma restrição da concorrência pelo seu próprio objeto, não indagando em contrapartida quanto ao efeito restritivo, também alegado pela Comissão na sua decisão⁹³⁰.

Também em *Hasselblad*⁹³¹, o Tribunal uma vez mais recorda que a intenção das partes, por um lado, e as consequências efetivas das suas ações, por outro, não são obstáculo à identificação de uma restrição da concorrência pelo

⁹²⁹ Acórdão *CRAM*, n.ºs 27-28. Notamos que o Advogado-geral Rozès, na sua opinião, considera não demonstrados o objeto ou o efeito restritivo da concorrência resultante desta cláusula. Em especial no que respeita ao objeto, o Advogado-geral considera que a previsão da cláusula se justifica pelo interesse económico do comprador, que procura garantir um preço mais reduzido para a um bem que será revendido fora do mercado comum, sendo que a possibilidade de os produtores fixarem preços diferentes para a exportação pareceria igualmente justificada (p. 1713); também em relação ao *efeito restritivo*, o Advogado-geral critica a posição da Comissão por esta concluir pelo efeito restritivo à luz do comportamento das empresas alemãs após descobrirem a violação do contrato pelo Schiltz, mas não demonstrando que o efeito restritivo era resultado da própria cláusula. Para o efeito, diz-nos, teria sido útil que a Comissão demonstrasse uma prática sistemática semelhante das empresas alemãs (p. 1714).

⁹³⁰ O que não suporta a conclusão de que o Tribunal se basta com uma presunção de efeito necessário resultante do acordo para determinação de uma restrição da concorrência pelo objeto. A conclusão só resulta se a cláusula em causa for analisada à luz das condições contextuais concretas que presidem à sua adopção. Ver, e.g., (ODUDU, 2001b, p. 383 e ss.).

⁹³¹ Acórdão *Hasselblad*, já citado.

objeto. No caso, tratava-se uma prática concertada identificada pela Comissão envolvendo um produtor de câmaras fotográficas (a *Victor Hasselblad*) e um conjunto de distribuidores em vários Estados-Membros, tendo por objeto a restrição de importações paralelas de produtos da Hasselblad dentro do mercado comum, em especial pela proibição, imposta aos distribuidores da Hasselblad, de venderem os seus produtos a outros distribuidores, no mesmo território ou em outros Estados-Membros. Aqui, a Comissão suporta a sua decisão no facto de se reconhecer, em decisões precedentes e na jurisprudência do Tribunal, que a imposição de cláusulas que impedem ou dificultam a revenda dos produtos contratuais a outros comercializadores constitui uma restrição da concorrência, porque impede a liberdade económica desses operadores e coloca-os na dependência direta do produtor⁹³²; a requerente responde que o propósito dessa cláusula não visava impedir a revenda dos seus produtos para outros Estados-Membros, mas apenas para revenda no território atribuído ao distribuidor, e que para todos os efeitos, nunca havia atribuído a tal cláusula a interpretação defendida pela Comissão, designadamente, nunca impediu que um dos seus distribuidores revendesse os seus produtos para outro distribuidor localizado noutro Estado-Membro. A conclusão do Tribunal suporta a posição da Comissão quanto à restrição da concorrência assente na limitação da liberdade económica dos distribuidores, *independentemente de tal limitação ter sido efetivamente posta em prática* pela Hasselblad⁹³³.

No Acórdão *Hasselblad*, o Tribunal conclui pela existência de uma restrição sem invocar expressamente uma análise contextual que coloque a previsão das consequências pretendidas ou da sua aplicação efetiva à luz do contexto jurídico e económico em que a mesma é introduzida no contrato; todavia, tal não implica que a mesma não seja realizada e que o Tribunal, sem a citar, não deixe de seguir de perto a sua jurisprudência anterior a este respeito; com efeito, a descrição dos factos dos processo revela que o contexto da introdução da cláusula é conhecido da Comissão e do Tribunal e foi tido em conta

⁹³² Cf. Acórdão *Hasselblad*, n.º 42.

⁹³³ Cf. Acórdão *Hasselblad*, n.º 46.

na conclusão, já que⁹³⁴: (i) a cláusula em causa foi introduzida porque a Hasselblad pretendia impedir a venda dos seus produtos a revendedores não autorizados, uma vez que tais vendas, se realizadas em quantidade considerável, poderiam ter por efeito um impacto reputacional nos seus produtos, mas sem o objetivo de impedir a revenda para outros territórios; (ii) a Comissão, pela leitura da cláusula em causa, não identifica qualquer qualificação das circunstâncias de aplicação da cláusula, mas tão-só a previsão de uma proibição de revenda a qualquer entidade que não um consumidor final; (iii) junto aos autos, encontra-se também uma carta dos advogados da Hasselblad, que recorda as instruções recebidas no sentido de introduzir uma proibição absoluta de venda dos produtos da Hasselblad a qualquer outra entidade para revenda, sem o consentimento do produtor⁹³⁵; assim, o contexto jurídico em que esta cláusula é introduzida permite tanto à Comissão como ao Tribunal concluir pela existência de uma restrição objetiva da concorrência, resultante do próprio texto da cláusula controvertida.

Todavia, e como pode ser verificado no acórdão que acabamos de citar, a análise contextual em restrições pelo objeto pode surgir muito ténue, correndo o risco – estribado pela linguagem nem sempre unívoca e clara do Tribunal – de evidenciar uma categorização automática de determinados comportamentos como restrições da concorrência.

Neste período que analisamos, os Acórdãos *Miller*⁹³⁶, de fevereiro de 1978, e *BNIC*⁹³⁷, de janeiro de 1985, serão, porventura os que mais facilmente denotam os riscos do automatismo qualificativo inerentes ao esforço de classificação de determinados comportamentos como restrições pelo objeto⁹³⁸.

⁹³⁴ Cf. Acórdão *Hasselblad*, p. 894 e ss.

⁹³⁵ Cf. Opinião do Advogado-geral Sir Gordon Slynn de 13.7.1983 no processo *Hasselblad*, (EU:C:1983:204), p. 920.

⁹³⁶ Acórdão *Miller*, já citado.

⁹³⁷ Acórdão do Tribunal de Justiça de 30.1.1985, *Bureau national interprofessionnel du cognac c. Guy Clair*, 123/83, EU:C:1985:33, adiante “Acórdão *BNIC*”.

⁹³⁸ Ver, e.g., (ODUDU, 2001b), e também (BELLAMY & CHILD, 2013, p. 149 e ss.).

Tratando muito embora de matérias distintas – em *Miller*, discute-se a compatibilidade com o Tratado de uma cláusula de proibição de exportação num contrato de fornecimento (i.e., uma restrição tipicamente vertical), em *BNIC*, a fixação, no quadro de uma associação de empresas, dos preços mínimos de aquisição da aguardente necessária para a produção de *cognac* (i.e., uma restrição de natureza horizontal) –, o Tribunal caracteriza ambos comportamentos como constituindo, *pela sua própria natureza*, uma restrição da concorrência pelo seu objeto⁹³⁹.

No primeiro destes acórdãos, o Tribunal analisa um recurso de anulação de uma decisão da Comissão Europeia que conclui pela violação do artigo 101.º, n.º 1 por impor, nos seus contratos de fornecimento exclusivo, uma cláusula que proibia a exportação dos seus produtos para outros países, sem a sua autorização. Embora sem contestar os factos, a recorrente *Miller* alega que o impacto desta cláusula nas trocas comerciais entre Estados-Membros foi irrisório, atendendo à diminuta importância da empresa no mercado, e que não podia ter por objeto a restrição da concorrência quando os seus contraentes não teriam capacidade ou intenção de desenvolver qualquer atividade de exportação, pelo que a imposição daquela cláusula seria desprovida de utilidade. É certo que no processo ficou demonstrado que vários dos contraentes da *Miller* pretenderam efetivamente comercializar tais produtos noutros mercados, em contravenção à cláusula proibida, e que a *Miller* alegou que em tais condições sempre demonstrou uma atitude liberal, concedendo as exceções solicitadas.

A posição do Tribunal é, a este respeito, liminar, embora admita uma interpretação mais orientada no sentido de se admitir a identificação de uma restrição da concorrência *pela sua própria natureza*, em tudo similar a uma verificação *per se*, que não se compatibiliza com a jurisprudência anterior. Assim, o Tribunal afirma perentoriamente que pela “*pela sua própria natureza uma cláusula de proibição de exportação constitui uma restrição da concorrência*,”

⁹³⁹ Sem citar diretamente estes dois arestos, a Comissão viria a referir-se a esta qualificação dos comportamentos restritivos da concorrência pelo seu objeto como constituindo restrições *pela sua própria natureza*, nas suas orientações relativas à aplicação do artigo 81.º, n.º 3, de 2004.

*independentemente de ser adotada por iniciativa do fornecedor ou do seu cliente, sendo o objetivo sobre o qual os contraentes acordaram o de isolar uma parte do mercado”*⁹⁴⁰, tecendo uma consideração relativamente genérica sobre *qualquer cláusula idêntica*, independentemente da verificação do contexto jurídico ou económico (que não é sequer referido na sua decisão) ou de uma análise das circunstâncias de facto que lhe permitem concluir que, neste caso, se verifica uma restrição.

A Opinião do Advogado-geral Warner é também clara. Para si, “*o artigo 85.º, n.º 1, proíbe estipular nos acordos comerciais cláusulas que restrinjam expressamente o comércio entre Estados-membros e a concorrência no mercado comum, e isso independentemente da questão de saber se, de facto, esse comércio ou essa concorrência é do tipo que desejam aquelas a que essas cláusulas são suscetíveis de afetar ou que estejam em condições de nela participar*”⁹⁴¹; mas esta asserção surge em resposta à alegação da Miller nos termos da qual “*uma restrição das exportações com destino a outros Estados-membros não pode ser considerada contrária ao artigo 85.º, n.º 1, se não se provar que teve efetivamente por consequência afetar o comércio entre Estados-membros e impedir a concorrência numa parte substancial do mercado comum*”⁹⁴².

Veremos como o Tribunal mais tarde acabará por degradar os requisitos de avaliação das circunstâncias que rodeiam um comportamento como condição da sua qualificação como restrição da concorrência (a condição de avaliação do contexto jurídico e económico), em relação a determinadas práticas cuja identidade com práticas cuja nocividade já foi verificada dispensa uma análise aprofundada, recorrendo ao invés à sua experiência anterior para fundamentar essa mesma qualificação⁹⁴³.

⁹⁴⁰ Cf. Acórdão *Miller*, n.º 7.

⁹⁴¹ Cf. Opinião do Advogado-geral Warner de 10.1.1978, no processo *Miller*, (EU:C:1978:1), p. 59.

⁹⁴² Cf. Opinião do Advogado-geral Warner, p. 58.

⁹⁴³ Ver, e.g. Acórdão *Toshiba* (proferido a janeiro de 2016), n.º 29: “*No que se refere a tais acordos [o Tribunal refere-se aqui aos acordos de repartição de mercados, considerando que os mesmos têm um objetivo restritivo da concorrência por si mesmos], a análise do contexto económico e*

Todavia, o facto de o Tribunal referir-se à *natureza* da cláusula não deve permitir reconduzir a qualificação de uma determinada conduta empresarial a uma conclusão *automática* quanto à qualificação da restrição em causa como uma restrição por objeto; com efeito, o Tribunal acaba por ser muito mais detalhado na sua análise da incidência da prática da Miller nas trocas intracomunitárias, assentando, designadamente, na sua quota de mercado e na sua posição, “*senão forte, pelo menos importante no mercado*”, para poder verificar que esta é “*uma empresa de dimensões suficientemente importantes para que o seu comportamento seja em princípio suscetível de afetar o comércio*”⁹⁴⁴, e assim concluir que “*baseando-se na posição da Miller sobre o mercado, sobre a quantidade da sua produção, sobre as exportações registadas e a política de preços por ela praticada, a Comissão provou adequadamente que efetivamente existia o perigo de uma afetação sensível das trocas comerciais entre os Estados-membros*”⁹⁴⁵; ou seja, o Tribunal teve maior preocupação em demonstrar que a prática constituía uma restrição das trocas intracomunitárias do que discutir se a mesma é ou não uma restrição da concorrência, até por que a oposição da recorrente Miller em relação a esta qualificação não assentava em argumentos de facto (ou seja, não apresentava argumentos que justificassem um percurso muito detalhado sobre os factos subjacentes à qualificação da cláusula como uma restrição da concorrência pelo objeto).

Também no Acórdão *BNIC*⁹⁴⁶, o Tribunal conclui que *pela sua própria natureza*, um acordo que fixa um preço mínimo para um produto, que será posteriormente ratificado por uma autoridade pública para passar a ser vinculativo para todos os operadores no mercado em causa, tem por objetivo a

jurídico no qual a prática se insere pode assim limitar-se ao que se revela estritamente necessário para concluir pela existência de uma restrição da concorrência por objetivo”.

⁹⁴⁴ Cf. Acórdão *Miller*, n.º 10.

⁹⁴⁵ Cf. Acórdão *Miller*, n.º 15.

⁹⁴⁶ Acórdão *BNIC*, já citado.

restrição da concorrência no mercado⁹⁴⁷. No caso, o Tribunal tem perante si um pedido de decisão prejudicial relativo à aplicação do artigo 101.º, n.º 1 a uma decisão do *Bureau National Interprofessionnel du Cognac* (“BNIC”), relativo à determinação do preço mínimo da aguardente utilizada como base para a produção do cognac; embora a fixação de preços mínimos de um qualquer produto, por acordo entre os representantes dos produtores e dos comercializadores, tenha como consequência necessária a redução da liberdade das empresas representadas no mercado⁹⁴⁸, algumas das características deste processo decisório e das condições em que o mesmo impacta no mercado foram tidas em conta no *iter decidendi* do Tribunal.

Assim, na opinião do Advogado-geral Sir Gordon Slynn, a identificação do objeto de um acordo basta-se pelo processo de verificação se, pela sua natureza, tal acordo restringe a concorrência⁹⁴⁹.

Para esse efeito, cita como precedentes os Acórdãos *Société Technique Minière*, *Coöperatieve* e *Miller*, nos quais se discute se a intenção das partes ou o seu “estado de espírito” releva para a demonstração de um objeto não restritivo da concorrência, em contraposição com uma análise do contexto do acordo, revelador desse objetivo restritivo. Daí que o Advogado-geral proceda, a seguir à definição do quadro jurisprudencial de precedentes aplicáveis ao caso, à análise do contexto em que o acordo em causa foi decidido, para concluir pela existência de uma restrição da concorrência⁹⁵⁰. O que não é diferente, em bom rigor, do percurso que seria de seguida realizado pelo próprio Tribunal para concluir que o acordo em causa é, pela sua própria natureza (i.e., à luz do contexto jurídico e económico em que o mesmo é decidido e será aplicável, como resulta da

⁹⁴⁷ Acórdão *BNIC*, n.º 22.

⁹⁴⁸ Por via do quadro legal aplicável, o preço mínimo definido no comité dos representantes dos produtores e comercializadores seria depois definido de modo obrigatório por ordem ministerial.

⁹⁴⁹ Cf. conclusões do Advogado-geral Sir Gordon Slynn de 2.10.1984, no processo *BNIC*, (EU:C:1980:300), p. 399.

⁹⁵⁰ Cf. conclusões do Advogado-geral Sir Gordon Slynn, p. 399-400.

descrição dos factos e dos considerandos prévios às respostas às questões prejudiciais colocadas pelo tribunal nacional), restritivo da concorrência.

Devemos, pois, ter alguma cautela no modo como enquadrámos a expressão “*pela sua natureza*” na jurisprudência do Tribunal em relação às restrições da concorrência pelo objeto, em especial se pretendermos extrapolar dela algum instrumento hermenêutico que justifique a identificação automática, abstrata, desse tipo de restrições⁹⁵¹.

2. A APRECIÇÃO DO CONTEXTO JURÍDICO E ECONÓMICO NA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL GERAL

2.1. Enquadramento preliminar

O Tribunal Geral foi criado por decisão do Conselho, em 1988⁹⁵², na sequência da introdução, pelo Ato Único Europeu, de 1986, de uma nova provisão nos Tratados comunitários (artigo 168.º do Tratado CEE, artigo 140.º do Tratado EURATOM e artigo 32.º do Tratado CECA), nos termos da qual o Conselho poderia, por decisão unânime, criar uma nova instância junto do Tribunal de Justiça para apreciar, em sede de recurso de primeira instância,

⁹⁵¹ Como veremos de seguida, esta tema seria retomado na jurisprudência inicial do Tribunal Geral, em especial nos acórdãos *Tréfilunion* e *European Night Services*. Para um enquadramento actual da questão, veja-se, e.g., a opinião da Advogada-geral Verica Trstenjak no processo *GlaxoSmithKline*: “*deve admitir-se a existência de um objetivo de restrição da concorrência sempre que os acordos, pela sua natureza, sejam eles próprios susceptíveis de restringir a concorrência. Pode parti-se deste princípio se, tendo em conta o seu contexto jurídico e económico, um acordo tiver a aptidão concreta e a tendência para produzir efeitos negativos sobre a concorrência. Neste contexto, devem ter-se em conta, em particular, as experiências anteriores, segundo as quais determinados tipos de acordos têm, muito provavelmente, efeitos negativos sobre o mercado e põem em perigo os objetivos prosseguidos pelas regras de concorrência comunitárias. Nesta abordagem, salienta-se de forma particularmente clara a natureza do objetivo da restrição da concorrência como delito de perigo, uma vez que determinados tipos de acordos (por exemplo, acordos sobre preços, partilha de clientela, vinculações verticais de preços) são qualificados, com base em experiências anteriores, como acordos que têm por objetivo restrições da concorrência, sem que sejam analisados os seus efeitos concretos. Embora esta abordagem generalista crie segurança jurídica, ela está sempre sujeita à condição de que o contexto jurídico e económico do acordo a analisar não se oponha à transposição desta apreciação generalista*” (n.ºs 90-92).

⁹⁵² Decisão do Conselho 88/591, de 24.10.1988, publicada no JO 21.8.1989, C 215.

certas categorias de ações interpostas por pessoas naturais ou legais, concretamente ações relacionadas com questões do funcionalismo público comunitário, ações interpostas no âmbito do Tratado CEEA e ações relacionadas com a aplicação, pela Comissão Europeia, das regras de concorrência dos Tratados aplicáveis às empresas⁹⁵³.

No que respeita à competência do Tribunal Geral sobre questões de concorrência, o Tribunal Geral tem jurisdição sobre a aplicação das regras de concorrência e de controlo das concentrações pela Comissão Europeia, limitando a possibilidade de recurso ao Tribunal de Justiça, nestes casos, às questões de direito⁹⁵⁴.

⁹⁵³ Atualmente, o Tratado da União Europeia dispõe, no artigo 19.º, n.º 1, que “o Tribunal de Justiça da União Europeia inclui o Tribunal de Justiça, o Tribunal Geral e tribunais especializados”. Ver, ainda, os artigos 263.º TFUE (que estatui, *in genere*, sobre a competência jurisdicional do Tribunal de Justiça da União Europeia), e 256.º TFUE, relativo à competência jurisdicional, em primeira instância, do Tribunal Geral, que limita o objeto de recurso dessas decisões para o Tribunal de Justiça às questões de direito. Ver, igualmente, o artigo 58.º do Estatuto do Tribunal de Justiça: “o recurso para o Tribunal de Justiça é limitado às questões de direito e pode ter por fundamento a incompetência do Tribunal Geral, irregularidades processuais perante este Tribunal que prejudiquem os interesses do recorrente, bem como a violação do direito da União pelo Tribunal Geral”.

⁹⁵⁴ Recordamos que o princípio da tutela jurisdicional efetiva constitui um princípio geral de direito da União, consagrado no artigo 47.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, e reiterado pelo Tribunal de Justiça, e.g., no Acórdão de 8.12.2011, *Chalkor AE Epexergasias Metallon c. Comissão*, C-386/10 P, EU:C:2011:815, adiante “Acórdão *Chalkor*”, n.º 52. Nestes termos, o Tribunal Geral deverá exercer uma fiscalização completa sobre a decisão da Comissão, quando é interposto (nos termos do artigo 263.º TFUE), um recurso de anulação de uma decisão de execução do artigo 101.º, n.º 1 TFUE, designadamente apreciando se as condições de aplicação da proibição estão devidamente preenchidas e se a Comissão fundamenta adequadamente a sua decisão (neste sentido, ver, e.g., Acórdão *Remia*, n.º 34, Acórdão *Chalkor*, n.ºs 54, 61 e 62, e o Acórdão do Tribunal de Justiça de 6.11.2012, *Europese Gemeenschap c. Otis NV e o.*, C-199/11, EU:C:2012:684, adiante “Acórdão *Otis*”, n.ºs 59 e 60). Tal imposição assume especial importância à luz da substancial margem de apreciação económica que a Comissão dispõe em matéria de apreciações económicas complexas no âmbito da aplicação das regras de concorrência, uma vez que o Tribunal Geral não pode deferir nessa margem discricionária para renunciar a um dever de fiscalização aprofundada, tanto em questões de facto como de direito. Como o Tribunal de Justiça refere no Acórdão *Groupement des Cartes Bancaires* (n.º 46): “Em especial, embora seja certo que a Comissão dispõe, por força desta competência, de uma margem de apreciação em matéria económica, nomeadamente no quadro de apreciações económicas complexas, isso não implica, como resulta do número anterior do presente acórdão, que o Tribunal Geral se deva abster de fiscalizar a qualificação jurídica, feita pela Comissão, de dados de natureza económica. Por conseguinte, embora não possa este último substituir pela sua própria apreciação económica a apreciação da Comissão, a qual tem competência institucional para tal (v., neste

Não é nosso objetivo fazer um estudo detalhado sobre o papel do Tribunal Geral no desenvolvimento do Direito da concorrência europeu, nem dos termos em que a dialética jurisdicional entre as duas instâncias do Tribunal de Justiça da União Europeia se tem desenvolvido. É importante sublinhar, ainda assim, que a posição do Tribunal de Justiça sobre o que devem ser consideradas *questões de direito* é consideravelmente restritiva, e que dificilmente encontraremos nos seus arestos proferidos em sede de recurso da primeira instância considerações sobre a matéria de facto subjacente⁹⁵⁵; todavia, não é menos intenso o seu escrutínio sobre a aplicação do direito da União pelo Tribunal Geral, nomeadamente dos princípios delineados pelo Tribunal de Justiça no que respeita à caracterização do conceito de restrição da concorrência.

Dos vários casos que analisámos, as posições assumidas pela instância superior nos processos *GlaxoSmithKline* e *Groupement des Cartes Bancaires* são exemplo destacado da capacidade e da *plena jurisdição em questões de direito* assumida pelo Tribunal de Justiça, pela inflexão das posições assumidas pelo Tribunal Geral por parte do Tribunal de Justiça, não se coibindo de apontar erros manifestos de direito incorridos pela primeira instância em questões fundamentais de interpretação dos princípios de Direito Europeu definidos a montante: assim, em *GlaxoSmithKline*, a recondução do objetivo último das regras de defesa da concorrência nos Tratados à salvaguarda ou promoção do bem-estar do consumidor foi liminarmente afastada, em prol de uma gama de objetivos que inclui, entre outros, os objetivos estruturais e de salvaguarda do processo concorrencial *qua tal* como elemento necessário da integração de

sentido, designadamente, acórdãos Bertelsmann e Sony Corporation of America/Impala, C-413/06 P, EU:C:2008:392, n.º 145, e Frucona Košice/Comissão, C-73/11 P, EU:C:2013:32, n.º 89 e jurisprudência referida), resulta de jurisprudência doravante consolidada que o juiz da União deve, designadamente, não só verificar a exatidão material dos elementos de prova invocados, a sua fiabilidade e a sua coerência, mas também fiscalizar se estes elementos constituem todos os dados pertinentes que devem ser tomados em consideração para apreciar uma situação complexa e se são suscetíveis de fundamentar as conclusões que deles se retiram (v., neste sentido, designadamente, acórdãos Chalkor/Comissão, EU:C:2011:815, n.º 54 e jurisprudência referida, e Otis e o., EU:C:2012:684, n.º 59).”

⁹⁵⁵ Neste sentido ver, e.g., (WHISH & BAILEY, 2015, p. 58).

mercados (se quisermos, ainda, o objetivo pelo qual os autores do Tratado entenderam prever regras destinadas às empresas neste domínio)⁹⁵⁶.

Em *Groupement des Cartes Bancaires*, o Tribunal de Justiça é particularmente crítico do modo como o Tribunal Geral aplica o conceito de restrição da concorrência pelo objeto: “o Tribunal Geral, em parte, ignorou a jurisprudência do Tribunal de Justiça e, portanto, cometeu erros de direito no que toca à definição dos critérios jurídicos pertinentes para apreciar a existência de uma restrição da concorrência ‘por objetivo’ na aceção do artigo 81.º, n.º 1 CE” ... “o Tribunal Geral, quando definiu o conceito de restrição da concorrência ‘por objetivo’ na aceção desta disposição, omitiu a referência à jurisprudência constante do Tribunal de Justiça”⁹⁵⁷, concluindo pela verificação de uma “falta geral de análise por parte do Tribunal Geral”⁹⁵⁸.

No presente ponto, avaliaremos o modo como Tribunal Geral analisa os elementos definidos pela jurisprudência do Tribunal de Justiça na determinação do que é uma restrição da concorrência pelo objeto, como configurados nos pontos precedentes do presente capítulo e, em particular, as conclusões que, em nosso entender, afastam tal metodologia dos parâmetros definidos pelo Tribunal de Justiça e que, em última análise, tem sido por este refutada.

Analisámos um conjunto de acórdãos do Tribunal Geral onde a questão da análise do contexto como elemento essencial da determinação de uma restrição da concorrência pelo objeto é posta em evidência: em *Tréfilunion* e *European Night Services*, o Tribunal Geral parece avançar numa direção relativamente original face à jurisprudência consolidada, à data, do Tribunal de Justiça, designadamente pela aparente segmentação, no quadro das restrições da concorrência pelo objeto, entre uma classificação de *restrições óbvias*, onde uma análise contextual é dispensada, daquelas, menos evidentes, onde tal análise

⁹⁵⁶ Ver, em especial, Acórdão *GlaxoSmithKline*, n.ºs 62 a 64.

⁹⁵⁷ Cf. Acórdão *Groupement des Cartes Bancaires*, n.ºs 56 a 58.

⁹⁵⁸ Cf. Acórdão *Groupement des Cartes Bancaires*, n.º 89.

deve ser realizada, depois, pela recondução desta análise contextual às restrições pelo objeto que, em diversos momentos, se aproxima e confunde com a análise dos efeitos restritivos da concorrência. Esta segmentação traduz, em bom rigor, uma clara simplificação dos critérios de identificação de uma restrição da concorrência pelo objeto que não se coaduna inteiramente com a jurisprudência do Tribunal de Justiça e, em particular, com a *ratione legis* inerente à distinção entre restrições da concorrência pelo objeto e pelo efeito, exceção feita, talvez, aos acordos de cartel, onde ainda assim o Tribunal de Justiça não advoga finalmente a simplificação dos critérios de identificação de uma restrição da concorrência pelo objeto, pelo menos nos termos descritos na jurisprudência do Tribunal Geral⁹⁵⁹.

Os arestos *Tréfilunion* e *European Night Services* não foram objeto de recurso para o Tribunal de Justiça, mas à luz do teor da jurisprudência à data consolidada, e das decisões posteriores do Tribunal de Justiça nesta matéria, suscitam-nos dúvidas sobre qual seria o entendimento da instância jurisdicional superior quanto à compatibilidade desta opinião do Tribunal Geral com a linha jurisprudencial definida pelo Tribunal de Justiça, se entendida literalmente.

Esta definição de categorias distintas de restrições pelo objeto surge, com especial enfoque, na jurisprudência do Tribunal Geral em relação às decisões da Comissão de proibição de acordos configurados como *cartéis*, onde a identificação do teor do acordo conduz à sua qualificação quase automática como uma restrição da concorrência pelo objeto⁹⁶⁰.

⁹⁵⁹ Quanto aos vários indicadores de simplificação dos critérios de identificação de uma restrição da concorrência, ver (BAILEY, 2012, p. 568 e ss.).

⁹⁶⁰ Não está aqui em causa o consenso quanto à perniciosidade dos carteis, enquanto acordos de fixação de preços ou de repartição de mercados ou clientes, especialmente quanto à elevada probabilidade de tais acordos poderem ter efeitos negativos, designadamente pelo impacto direto ou indireto no aumento de preços; em igual medida, a relevância nuclear dada na jurisprudência europeia ao elemento da independência da actuação empresarial no mercado opõe-se a qualquer forma de coordenação empresarial que tenha como objeto ou efeito a restrição da concorrência no mercado conduz a uma proibição de práticas onde a restrição da liberdade é mais caracterizada: um acordo através do qual dois ou mais concorrentes fixam os preços que praticam é, por natureza, um acordo que determina a diminuição ou redução substancial da liberdade de cada empresa. Todavia, como a jurisprudência revela – e a ciência

económica o suporta – nem todos os acordos de fixação de preços constituem restrições da concorrência, ou dessas restrições da concorrência podem resultar impactos benéficos para a concorrência; por isso entendemos que o Direito da Concorrência assume uma proibição *prima facie* de acordos que tenham como propósito a fixação de preços (ou de outras condições comerciais relevantes) através da diminuição da autonomia empresarial, mas que apenas se concretiza pela análise desse acordo no contexto em que se insere. Dito de outro modo, o teor do acordo pode ser um *princípio de prova* da restrição, a ser confirmado à luz do contexto em que se insere. Por outro lado, mesmo após concluirmos pela existência de uma restrição, a conjugação do artigo 101.º, n.º 1 e n.º 3, à luz da leitura que o Tribunal de Justiça tem feito da mesma, dá resposta à possibilidade de qualquer acordo poder, no quadro concreto em que seja implementado, ter um resultado competitivo positivo, mesmo que seja, à partida, uma restrição da concorrência. Por isso, se se presume – acertadamente – que um acordo de fixação de preços *pode* configurar uma restrição da concorrência por se entender que dificilmente terá um resultado positivo, *não se afasta em absoluto a possibilidade* de o mesmo (i) não configurar uma restrição da concorrência, ou (ii) ser susceptível de poder beneficiar de uma isenção individual. Entre o risco (mais acentuado) de não atuar sobre acordos que, *geralmente*, constituem restrições da concorrência, ou não obter os benefícios que, em circunstâncias individuais específicas, tais acordos podem gerar (risco mais difuso), o Direito da Concorrência opta preferencialmente pela proibição. A necessidade de avaliação de um acordo no seu contexto ou a possibilidade de uma restrição ser individualmente justificada dão resposta ao risco mais difuso de se proibirem acordos que podem ter impacto positivo na concorrência. Importa, a final, recordar que a dimensão normativa da proibição de acordos desta natureza é demonstrada ainda pela irrelevância da existência de efeitos reais e concretos para preenchimento dos requisitos de uma restrição da concorrência pelo objeto, sem prejuízo da sua consideração para outros fins, designadamente para a determinação da gravidade da infração, a título necessário na determinação da sanção aplicável. Ver, e.g., a decisão da Comissão de 26.10.2004, no processo COMP/F-1/38.338 *PO/Nadeln (cera)*, e o acórdão do Tribunal Geral de 12.9.2007, *Prym & Prym c. Comissão*, T-30/05, EU:T:2007:267, adiante “Acórdão do Tribunal geral Prym & Prym”, e o Acórdão do Tribunal de Justiça de 3.9.2009, *Prym & Prym c. Comissão*, C-534/07 P, EU:C:2009:505, adiante “Acórdão Prym & Prym”: na sua decisão, a Comissão conclui pela existência de um conjunto de acordos e práticas concertadas entre as empresas Entaco, Prym e Coats, que tinham como objetivo a restrição da concorrência e a repartição de mercados; todavia, para cálculo da coima aplicável, e à luz das próprias orientações da Comissão sobre esta matéria, no âmbito da aferição da gravidade da infração, haverá que ter em conta um exame sobre o impacto concreto no mercado, quando o mesmo for mesurável (ver, sobre esta questão, o Acórdão do Tribunal Geral de 9.7.2003, *Archer Daniels Midland Company e o. c. Comissão*, T-224/00, EU:T:2003:195, n.º 193 e ss., e o Acórdão do Tribunal Geral de 5.4.2006, *Degussa AG c. Comissão*, T-279/02, EU:T:2006:103, n.º 216). Assim, de modo a preencher este requisito, a Comissão presumiu o efeito restritivo da concorrência (entendido como um impacto no mercado) como resultado necessário da execução dos acordos em causa. Sobre esta presunção, diz-nos o Tribunal Geral o seguinte (Acórdão do Tribunal Geral Prym & Prym, n.ºs 109-111): “*Il s’ensuit que la considération de l’impact concret sur le marché n’est requise que « lorsqu’il est mesurable ». Toutefois, au cours de la procédure, la Commission n’a jamais soutenu que cet impact n’était pas mesurable dans le cas d’espèce et elle s’est limitée, dans sa défense sur ce point, à rappeler que la répartition des marchés de produits et du marché géographique convenue dans les accords conclus entre les requérantes et Entaco a été mise en œuvre et a « donc nécessairement eu des effets réels sur les conditions de la concurrence sur les marchés communautaires ». Cette conclusion n’est cependant pas convaincante. La mise en œuvre d’un accord n’implique pas nécessairement qu’il produise des effets réels. Ainsi, au considérant 181 de la Décision, la Commission mentionne elle-même une affaire où elle n’a pas constaté d’effet sur le marché*

Nos Acórdãos do Tribunal Geral *M6*, *Volkswagen* e *GlaxoSmithKline*, o Tribunal Geral – confrontado com acordos qualificados como restrições por objeto que, todavia, não são óbvias (e que, como tal, serão enquadradas na sua segunda categoria de restrições da concorrência pelo objeto) -, adota uma análise contextual em tudo idêntica à definida pelo Tribunal de Justiça, procurando identificar o objetivo restritivo do acordo à luz do contexto jurídico e económico em que se insere, embora convolvando essa análise do contexto numa avaliação do impacto do acordo na concorrência, transfigurando a análise do contexto numa *análise de efeitos*.

communautaire [affaire ayant donné lieu à la décision 2000/627/CE de la Commission, du 16 mai 2000, relative à une procédure d'application de l'article 81 [CE], affaire IV/34.018 – Far East Trade Tariff Charges and Surcharges Agreement (FETTCSA) (JO L 268, p. 1), et à l'arrêt CMA CGM, point 86 supra; voir également, en ce sens, arrêt du Tribunal du 27 septembre 2006, Jungbunzlauer/Commission, T-43/02, non encore publié au Recueil, point 157]. En outre, les requérantes ont fait valoir que les accords n'avaient pas entraîné une hausse des prix de vente des aiguilles percées. La Commission ne pouvait donc pas se limiter à observer que la répartition des marchés avait été mise en œuvre, et à déduire de la mise en œuvre de l'entente l'existence d'effets réels de celle-ci sur le marché. En fait, aux considérants 318 à 320 de la décision attaquée, la Commission a attiré l'attention sur l'« [i]ncidence réelle de l'infraction ». Or, dans ces considérants, la Commission se borne à renvoyer au passage de la Décision, intitulé « Mise en œuvre des divers accords et pratiques concertées ». Ce passage ne contient toutefois aucune donnée sur l'impact concret de l'infraction sur le marché. La Commission s'est donc fondée exclusivement sur une relation de cause à effet entre la mise en œuvre de l'entente et son impact concret sur le marché, ce qui n'est cependant pas suffisant pour le calcul de l'amende”. A posição do Tribunal Geral seria confirmada pelo Tribunal de Justiça. Recordando que a identificação de uma restrição da concorrência pelo objeto não implica a demonstração de efeitos (nem é afastada se, no caso, estes não se verificarem), a determinação da gravidade da restrição para efeitos de quantificação da sanção implica uma demonstração de impacto (i.e., de efeito) que não se satisfaz com uma presunção de efeito associada à execução do acordo: “relativamente aos elementos que a Comissão, nessa hipótese, deve fornecer para demonstrar o impacto concreto no mercado, importa afastar a tese desta instituição segundo a qual bastaria para o efeito referir-se à aplicação do acordo. Essa referência, sem qualquer outra demonstração suplementar, reduz-se a uma presunção segundo a qual a aplicação do acordo gerou um efeito no mercado. Ora, embora a existência de um impacto concreto da infracção não seja um elemento necessário à qualificação da infracção de muito grave no caso de um acordo que tem um objetivo anticoncorrencial, a consideração suplementar deste elemento permite à Comissão fixar o montante de base da coima acima do montante mínimo previsto de 20 milhões de euros fixado nas orientações, tendo apenas como tecto o limite máximo de 10% do volume de negócios total realizado pela empresa em causa durante o exercício precedente, fixado ao montante global da coima no artigo 23.º, n.º 2, do Regulamento n.º 1/2003. Face a esses efeitos, quando a Comissão considerar oportuno para o cálculo da coima ter em conta este elemento facultativo que é o impacto concreto da infracção no mercado, não se pode limitar a apresentar uma mera presunção, mas deve trazer, como realçou o advogado-geral no n.º 140 das suas conclusões, indícios concretos, críveis e suficientes que permitam apreciar a influência efetiva que a infracção teve na concorrência no referido mercado.” (Acórdão Prym & Prym, n.ºs 79-82).

É importante realçar que o Tribunal de Justiça, em sede de recurso no processo *GlaxoSmithKline*, corrobora a aplicação das demais condições de identificação do objeto restritivo referidas pelo Tribunal Geral, embora afastando a preocupação com o bem-estar do consumidor como condição essencial da aplicação do artigo 101.º, n.º 1 TFUE, como havia proposto o Tribunal Geral.

Em *Groupement des Cartes Bancaires*, tratamos de identificar em que medida a análise contextual promovida pelo Tribunal Geral é criticada e afastada pelo Tribunal de Justiça – não se trata, pois, de um erro na não consideração do contexto jurídico e económico na determinação de uma restrição da concorrência pelo objeto, mas sim na errada caracterização desse contexto, designadamente pela não consideração da complexa estrutura de mercado em causa, dito *de dois lados*, como elemento intrínseco da apreciação do contexto em que se insere a prática, como etapa prévia à determinação do objeto restritivo da concorrência.

2.2. A segmentação das restrições da concorrência pelo objeto: restrições “óbvias” e outras

No Acórdão do Tribunal Geral *European Night Services*, o Tribunal Geral “recorda, liminarmente, que a apreciação de um acordo ao abrigo do artigo (101.º, n.º1), do Tratado deve ter em conta o quadro concreto em que esse acordo produz os seus efeitos e designadamente o contexto económico e jurídico em que as empresas em causa operam, a natureza dos serviços visados por esse acordo, bem como as condições reais do funcionamento e da estrutura do mercado em causa...Deve sublinhar-se igualmente que a análise das condições de concorrência assenta não só na concorrência atual das empresas já presentes no mercado em causa, mas também na concorrência potencial, a fim de saber se, tendo em conta a estrutura do mercado e o contexto económico e jurídico em que se enquadra o seu funcionamento, existem possibilidades reais e concretas de as empresas envolvidas

competirem entre si, ou de um novo concorrente entrar no mercado em causa e fazer concorrência às empresas já estabelecidas nesse mesmo Mercado”⁹⁶¹.

Sublinhamos aqui que no Acórdão *European Night Services*, o Tribunal Geral faz uma ressalva importante no contexto da proibição do artigo 101.º, n.º 1 TFUE, e que encontrávamos já no Acórdão *Trefilunion* (da mesma instância): a de que esta análise deve ser temperada – senão mesmo escusada – quando se trate de *acordos com restrições manifestas à concorrência*: “*se se tratar der um acordo com restrições manifestas à concorrência como a fixação de preços, a repartição do mercado ou o controlo das vendas... só no quadro do artigo (101.º, n.º 3) do Tratado é que essas restrições podem ser ponderadas face aos efeitos alegadamente favoráveis à concorrência para efeitos de concessão de uma isenção da proibição constante do n.º 1 do mesmo artigo*”⁹⁶².

Na origem desta posição jurisprudencial (que implicitamente radica, embora não com esta linearidade, nos Acórdãos *Consten e Miller*), identificamos uma análise de natureza económica – ainda que perfunctória – quanto à posição da empresa infratora sobre o mercado, sobre a quantidade da sua produção e a política de preços por ela praticada, no contexto da apreciação de restrições por objeto.

O Tribunal Geral, nesta passagens que citamos, faz uma distinção entre, por um lado, a *generalidade dos acordos qualificáveis como restrições pelo objeto*, cuja análise à luz do n.º 1 deve ter em conta o quadro concreto em que esse acordo produz os seus efeitos e designadamente o contexto económico e jurídico em que as empresas em causa operam, a natureza dos serviços violados por esse acordo, bem como as condições reais do funcionamento e da estrutura do mercado em causa, que devem ser analisados à luz das condições ou contexto em que se insere, e, por outro lado, a uma *categoria específica de acordos*, a saber, acordos com “*restrições manifestas à concorrência, como a fixação dos preços, a*

⁹⁶¹ Cf. Acórdão do Tribunal Geral *European Night Services*, n.ºs 136-137.

⁹⁶² Cf. Acórdão do Tribunal Geral *European Night Services*, n.º 136.

repartição do mercado ou o controlo das vendas”. Pela construção frásica empregue, surge aparente que para o Tribunal Geral, em tais casos, a avaliação do contexto resume-se à ponderação dos efeitos alegadamente favoráveis à concorrência, que deverá passar pelo n.º 3. Dito de outro modo, tais restrições manifestas seriam sempre proibidas pelo n.º 1; as demais apenas seriam proibidas se o contexto jurídico e económico em que se inserem assim o determinasse, implicando, pelo menos na aparência, uma certa avaliação dos efeitos pró-competitivos a nível do n.º 1.

Esta asserção deve ser especialmente criticada, pois não só não encontra respaldo na jurisprudência do Tribunal de Justiça, como implica, simultaneamente, uma excessiva simplificação do conceito de restrição da concorrência pelo objeto e a confusão das categorias de restrição pelo objeto e pelo efeito no âmbito da aplicação do artigo 101.º, n.º 1.

Com efeito, o Tribunal Geral recorre, na sua fundamentação para esta conclusão, apenas a uma passagem igualmente dúbia do Acórdão do Tribunal Geral *Tréfilunion*⁹⁶³, nos termos da qual “*o carácter patente da infração ao artigo 85.º, n.º 1 do Tratado e, em especial às suas alíneas a) e c), se opõe, de qualquer modo, à aplicação de uma ‘rule of reason’, admitindo que tal regra tem aplicação no âmbito do direito comunitário da concorrência, visto que, nesta hipótese, deve ser considerada uma infração per se às regras da concorrência*”.

Em bom rigor, e considerando que a jurisprudência do Tribunal de Justiça opõe-se, com determinação, à transposição dos conceitos *qual tal* do direito *antitrust* norte-americano, tanto da *rule of reason* como da existência de infrações *per se*, esta deriva do Tribunal Geral apenas poderá ser compreendida numa perspetiva hipotética e condicionada: o Tribunal Geral pretenderá apenas apontar que, se o Direito da concorrência europeu admitisse a aplicação da *rule*

⁹⁶³ Cf. Acórdão do Tribunal Geral *Tréfilunion*, n.º 109.

of reason na interpretação do n.º 1, então haveria que aplicar igualmente a categorização das infrações *per se* que a acompanha, o que seria o caso⁹⁶⁴.

É certo, pois, que tal afirmação do Tribunal Geral, no contexto do aresto em concreto, pode ser interpretada como tendo sido apresentada como mero argumento *ad absurdum*.

Com efeito, no único precedente invocado nesse aresto (o Acórdão do Tribunal Geral *Montedipe*), tal conclusão surge na sequência das observações da Comissão em resposta à alegação da recorrente que defendia a necessidade de analisar o teor do acordo controvertido à luz da *rule of reason*. A Comissão, após admitir que a aplicação do artigo 101.º, n.º 1 exige uma análise do contexto económico em que se insere o acordo, assim como uma ponderação das consequências negativas prováveis ou reais deste resultantes, remete para os parágrafos relevantes da sua decisão onde tais exercícios são realizados, deixando ao Tribunal Geral a consideração da admissibilidade da evocação da *rule of reason*, e acrescentando que “um acordo relativo, como no caso em apreço aos preços que cada um das empresas aplica na venda dos seus próprios produtos constitui uma infração *per se*, ao Tratado CEE, mesmo no caso de uma interpretação muito lata da ‘rule of reason’.

Assim, tal como, em bom rigor, a Comissão não propõe a existência de infrações *per se* ao Tratado – uma vez que esta categoria apenas seria admissível no contexto de aplicação da *rule of reason* –, o Tribunal expressamente também não o admite. Outro entendimento, todavia, feriria a validade das conclusões do Tribunal Geral em *European Night Services* e *Tréfilunion*, onde se pugna por uma conceção da restrição da concorrência pelo objeto que entendemos não ser sufragada pelo Tribunal de Justiça⁹⁶⁵.

⁹⁶⁴ Neste ponto, o Tribunal Geral reproduz, *ipsis verbis*, consideração idêntica feita anteriormente no seu Acórdão de 10.3.1992, *Montedipe SpA c. Comissão*, T-14/89, EU:T:1992:36, adiante “Acórdão do Tribunal Geral *Montedipe*”, n.º 265.

⁹⁶⁵ Ao contrário da invocação do artigo 101.º, n.º 3, a análise do contexto jurídico e económico não é um elemento exculpatório *per se*, mas sim um critério que deve ser preenchido para determinar se determinado acordo, no quadro real em que se destina a ser implementado,

constitui ou não uma restrição da concorrência. Uma vez demonstrado que o acordo tem um propósito restritivo da concorrência, designadamente com base em elementos documentais claros e diretos que revelem o seu teor, alegações que visem demonstrar o impacto insignificante de um acordo à luz do contexto real em que seria executado, ou a falta de interesse das empresas envolvidas na sua execução, devem ser consideradas irrelevantes. Não porque o contexto possa ser considerado irrelevante, mas porque é claro o teor do acordo e o seu propósito. Veja-se, e.g., o Acórdão do Tribunal Geral *Cimenteries CBR*: em confronto com a prova documental direta relativa à existência de um acordo de repartição de mercados, as empresas envolvidas alegam em sua defesa que *“a existência de um acordo deve ser apreciada no seu contexto económico. O baixo nível das trocas de cimento explica-se não pela existência de um acordo sobre o respeito dos mercados nacionais mas por um conjunto de factores económicos, como os custos de transporte e as elevadas tarifas de portuárias, as normas de especificação, os obstáculos administrativos, o custo dos investimentos na exportação. Além disso, a realidade económica demonstrava que as recorrentes não tinham qualquer interesse em celebrar o acordo Cembureau e que, mesmo que tivesse sido celebrado, o mesmo não teria podido restringir consideravelmente a concorrência. A Blue Circle acrescenta, a propósito do mercado do Reino Unido, que a própria Comissão considerou na CA (ponto 74, n.º 7) que as restrições impostas pelos CPMA (v. n.º 91, supra) tinham por efeito isolar e dividir o mercado nacional e tornar difícil, ou mesmo impossível, penetração deste mercado por produtores continentais. A Aalborg e a Blue Circle acusam, por fim, a Comissão de não ter tido em conta, na sua apreciação dos elementos relativos à existência do acordo Cembureau, o aumento das trocas transfronteiriças de cimento durante o período em causa”* (cf. n.º 1087). Tais argumentos apenas fariam sentido caso a restrição em causa fosse configurável como uma restrição por efeito, o que não é o caso. Por isso – e tendo em conta a prova documental em causa – o Tribunal Geral pode concluir que *“Há que lembrar que a apreciação da conformidade de um comportamento com o artigo 85.º, n.º 1, do Tratado deve ser feita no seu contexto económico (acórdão do Tribunal de Justiça de 30 de Junho de 1966, *Société technique minière*, 56/65, Colect., 1965-1968, p. 381, e acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 14 de Maio de 1997, *VGB e o./Comissão*, T-77/94, Colect., p. II-759, n.º 140). Contudo, as alegações das recorrentes, mesmo supondo que sejam fundadas, não são de molde a provar que o contexto económico excluía toda a possibilidade de desconcorrência eficaz (v., neste sentido, acórdãos do Tribunal de Justiça, *VanLandewyck e o./Comissão*, referido no n.º 717, supra, n.º 153, de 10 de Dezembro de 1985, *Stichting Sigarettenindustrie e o./Comissão*, 240/82 a 242/82, 261/82, 268/82 e 269/82, Colect., p. 3831, n.ºs 24 a 29, e *Montecatini/Comissão*, referido no n.º 270, supra, n.º 127). Além disso, o objeto, em si mesmo anticoncorrencial, que caracteriza a celebração de um acordo de respeito mútuo dos mercados nacionais, explicitamente proibido pelo artigo 85.º, n.º 1, alínea c), do Tratado, não pode ser afastado mediante uma análise do contexto económico em que se situa o acordo (v., neste sentido, acórdãos *Tréfilunion/Comissão*, referido no n.º 223, supra, n.º 109, e *European Night Services e o./Comissão*, referido no n.º 834, supra, n.º 136). Com efeito, uma análise económica não pode apagar a realidade incontornável de provas documentais como as referidas nos n.ºs 18, 19 e 45 da decisão impugnada. Em qualquer caso, mesmo que a análise económica proposta pelas recorrentes seja exata, ela realçaria, na realidade, a gravidade da infracção cometida, uma vez que, através da celebração do acordo Cembureau, os chefes de delegação tentaram eliminar a pouca concorrência efetiva que subsistia no mercado.”* Ou seja, em bom rigor, as empresas não conseguiram demonstrar, na sua alegação relativa ao contexto, que este precludia todo e qualquer grau possível de concorrência. No mesmo sentido, relativamente a um acordo de fixação de preços, ver o Acórdão do Tribunal Geral de 20.4.1999, *Limburgse Vinyl e o. c. Comissão*, T-305-307, 313-316, 318, 325, 328, 329 e 335/94, EU:T:1999:80, n.º 741: *“para efeitos da aplicação do artigo 85.º, n.º 1, do Tratado, a tomada em consideração dos efeitos concretos de um acordo é supérflua, desde que seja evidente que tem por objetivo restringir, impedir ou falsear a concorrência”*. Note-se, também, que a ausência de prova documental direta de um objeto

Com efeito, o Tribunal de Justiça – apelando sempre ao grau suficiente de nocividade à concorrência que encontrámos já em *Société Technique Minière* – mesmo nos mais recentes acórdãos onde se pronuncia sobre o conceito de restrição pelo objeto, deixa claro que tal classificação só pode ser aplicada a certos tipos de colusões entre empresas que revelem um grau suficiente de nocividade relativamente à concorrência para que se possa considerar que o exame dos seus efeitos não é necessário⁹⁶⁶. A fim de apreciar se um acordo entre empresas ou uma associação de empresas apresenta um grau suficiente de nocividade para ser considerado uma restrição da concorrência “por objetivo” na aceção do artigo 101.º, n.º 1, deve atender-se “ao teor das suas disposições, aos

restritivo da concorrência não pode precluir a conclusão pela existência de uma restrição da concorrência pelo objeto, designadamente se à luz do contexto jurídico e económico em que o acordo ou a prática se insere for possível fazer uma apreciação global do objetivo restritivo, como o Tribunal Geral recordou no seu Acórdão de 14.3.2013, *Dole Food Company, Inc e o. c. Comissão*, T-588/08, EU:T:2013:130, n.º 311. No caso em concreto, o Tribunal Geral analisou uma prática concertada assente num intercâmbio de informações, concluindo que tal intercâmbio, visando aumentar a transparência entre um conjunto limitado de produtores de bananas quanto a determinados elementos essenciais para a formação de preço, e considerando a estrutura do Mercado, o tipo e a natureza das informações e a sua regularidade, concluiu que a Comissão, na sua avaliação do comportamento da empresa, teve corretamente em conta “um menor grau de incerteza da indústria bananeira na Europa do Norte e a necessidade correlativa de proteger a incerteza subsistente acerca das decisões futuras dos concorrentes em matéria de preços” (n.º 312). O que estas referências revelam é que o critério do contexto jurídico e económico em que se insere um acordo é um elemento determinante na configuração do objeto restritivo de um determinado acordo, mas dificilmente poderá ser invocado como elemento exculpatório de uma restrição da concorrência. Como melhor resumido pelo Juiz Vesterdorf (atuando como Advogado-geral) nas suas conclusões de 10.7.1991 no processo *Propileno* (EU:T:1991:38), “segundo a conceção tradicional e, em particular, a conceção subjacente ao artigo 85.º, n.º 1, alíneas a) e b), os acordos sobre os preços e sobre a produção são lesivos da concorrência. Mas o que sucederia no caso de se revelar que acordos sobre os preços não podiam normalmente ser utilizados para entravar o livre funcionamento das forças do Mercado, ou se isso fosse precisamente impossível neste caso? Que fazer se os acordos sobre os preços não são ou não eram meios eficazes, de forma geral ou no caso concreto? Se assim fosse, sem dúvida haveria lugar a colocar algumas dúvidas fundamentais em matéria de direito da concorrência. Um recorrente que procura defender-se com tais argumentos, que parecem ser verdadeiras e considerações inovações no domínio do direito da concorrência, deve todavia apresentar elementos particularmente probatórios que alicercem as suas ideias. Em minha opinião, será necessário em qualquer circunstância demonstrar uma unanimidade da doutrina económica sobre o facto de o Mercado não ser susceptível de ser influenciado pelos meios que se tentam pôr em aplicação e nada de semelhante foi demonstrado no caso em apreço” (p. II-948).

⁹⁶⁶ Cf. Acórdão *Groupement des Cartes Bancaires*, n.º 58, e Acórdão *Allianz Hungaria*, n.º 38.

*objetivos que visa atingir, bem como ao contexto económico e jurídico em que o mesmo se insere. No âmbito da apreciação do referido contexto, há também que tomar em consideração a natureza dos bens ou dos serviços afetados e as condições reais do funcionamento e da estrutura do mercado ou dos mercados em causa”*⁹⁶⁷.

A relevância das decisões do Tribunal Geral em *European Night Services* e *Tréfilunion*, muito embora contrárias – se entendidas literalmente no que respeita à identificação de restrições da concorrência *per se* no Direito europeu, ou de restrições que pela sua natureza, e independente do contexto em que se inserem, estão automaticamente abrangidas pela proibição do n.º 1 – ao que resulta da jurisprudência do Tribunal de Justiça, não deve ser menosprezada; com efeito, tem sido referida a sua influência, designadamente, nas orientações da Comissão sobre a aplicação do artigo 101.º, n.º 3 TFUE, em especial no que respeita à caracterização de uma restrição da concorrência pelo objeto como aquela que, pela sua natureza, pode restringir a concorrência⁹⁶⁸. Por outro lado, essa mesma jurisprudência informa a apreciação do Tribunal Geral, especialmente no que respeita à fiscalização das decisões da Comissão relativamente a cartéis.

No Acórdão *M6*, o Tribunal Geral procura uma conciliação normativa que respeite a estrutura do artigo 101.º TFUE, à luz da jurisprudência do Tribunal de Justiça que recorta o conceito de restrição concorrencial nos termos que temos vindo a relatar, de forma a conciliar o elemento económico necessário ao preenchimento da proibição, com a ponderação dos efeitos potencialmente pró-competitivos admissível à luz do n.º 3: “Com efeito, o artigo (101.º) do Tratado prevê explicitamente, no seu n.º 3, a possibilidade de isentar acordos restritivos da concorrência quando estes satisfaçam um certo número de condições, nomeadamente quando sejam indispensáveis à realização de certos objetivos e não

⁹⁶⁷ Cf. Acórdão *Groupement des Cartes Bancaires*, n.º 53.

⁹⁶⁸ Neste sentido, ver (KING, 2015a, p. 86 e ss.). Cf., igualmente, as Orientações relativas à aplicação do artigo 81.º, n.º 3, em esp., os n.ºs 21 e 22. No Acórdão do Tribunal Geral *Groupement des Cartes Bancaires*, reitera-se a posição assumida por esta instância no Acórdão do Tribunal Geral *European Night Services*.

deem à empresa a possibilidade de eliminarem a concorrência em relação a uma parte substancial dos produtos em causa. É apenas no âmbito preciso desta disposição que uma ponderação dos aspetos pró-concorrenciais e anticoncorrenciais de uma restrição pode ter lugar... O artigo (101.º, n.º 3) do Tratado perderia em grande parte o seu efeito útil se um tal exame devesse já ter sido efetuado no âmbito do artigo (101.º, n.º 1), do Tratado. É certo que, num certo número de acórdãos, o Tribunal de Justiça e o Tribunal de Primeira Instância se exprimiram a favor de uma leitura mais flexível da proibição fixada no artigo (101.º, n.º 1), do Tratado... Todavia, estes acórdãos não podem ser interpretados como consagrando a existência de uma «rule of reason» em direito comunitário da concorrência. Inscrevem-se antes numa corrente jurisprudencial mais ampla, segundo a qual não há que considerar, de modo completamente abstrato e indistinto, que todo e qualquer acordo que restrinja a liberdade de ação das partes ou de uma delas cai necessariamente no âmbito da proibição fixada no artigo (101.º, n.º 1), do Tratado. Com efeito, é necessário, para efeitos de análise da aplicabilidade desta disposição a um acordo, ter em conta o quadro concreto em que produz os seus efeitos, nomeadamente o contexto económico e jurídico em que operam as empresas em causa, a natureza dos produtos e/ou serviços visados por esse acordo e as condições reais do funcionamento e da estrutura do Mercado... Com efeito, esta interpretação permite, sem deixar de respeitar a estrutura normativa do artigo (101.º) do Tratado e, em especial, o efeito útil do seu n.º 3, evitar que a proibição prevista no n.º 1 desta disposição se estenda, de maneira completamente abstrata e indistinta, a todos os acordos que tenham por fim restringir a liberdade de ação das partes ou de uma delas. Há, portanto, que sublinhar que uma tal abordagem não implica, todavia, uma ponderação dos efeitos pró-concorrenciais e anticoncorrenciais de um acordo, para efeitos de determinar a aplicabilidade da proibição estabelecida no artigo (101.º, n.º 1), do Tratado”⁹⁶⁹.

Esta jurisprudência pode gerar, todavia, questões ainda não resolvidas satisfatoriamente – a introdução da análise económica no âmbito da proibição pode conduzir, se levada ao extremo, a resultados pouco satisfatórios, em

⁹⁶⁹ Cf. Acórdão do Tribunal Geral M6, n.ºs 75-77.

especial por esvaziar de conteúdo útil o n.º 3 do artigo 101.º TFUE; essa abordagem, que pode ter na sua origem a necessidade de corrigir um excessivo alargamento do conceito de restrição da concorrência por parte da Comissão, por contrapartida a uma restrição excessiva da interpretação das condições de invocação do balanço económico, e que radica no sistema inicial de aplicação das regras de concorrência do Tratado, pelo qual a verificação da justificação de práticas restritivas da concorrência era da competência exclusiva da Comissão⁹⁷⁰, não pode deixar de gerar alguma perplexidade⁹⁷¹: a nível do âmbito de aplicação da proibição, mas também da própria justificação de práticas restritivas da concorrência.

Se os Acórdãos do Tribunal Geral *European Night Services* e *Tréfilunion* marcam uma profunda linha de demarcação divisória entre a jurisprudência do Tribunal de Justiça, como a conhecemos neste período e o que se poderia antecipar como uma emergente linha jurisprudencial desenvolvida pela primeira instância, assente numa apreciação das restrições com base numa apreciação da sua natureza, em abstrato, e sem consideração do contexto em que se inserem⁹⁷², os desenvolvimentos seguintes permitem identificar, em traços gerais, uma aderência clara à análise dos comportamentos empresariais no contexto em que se inserem.

⁹⁷⁰ Neste sentido, ver (MOURA E SILVA, 2000).

⁹⁷¹ E que ressalta de alguns exemplos actuais da jurisprudência, e.g., na dialética resultante dos Acórdãos do Tribunal Geral e do Tribunal de Justiça no processo *GlaxoSmithKline*, onde o dilema derivado do tipo de análise económica adequado ou necessário para determinação de uma restrição da concorrência e aquele que deve ser reservado para o âmbito de aplicação do n.º 3, continua bem presente.

⁹⁷² Há que ter em conta, igualmente, que estes arestos, em especial o Acórdão do Tribunal geral *European Night Services*, são normalmente citados como precedentes relevantes na generalidade dos textos de referência de Direito europeu da concorrência. Ver, e.g., (WHISH & BAILEY, 2015, p. 122); (FAULL et al., 2014, p. 232); (JONES & SUFRIN, 2014, p. 204); (BELLAMY & CHILD, 2013, p. 156). Entre nós, ver (MOURA E SILVA, 2008); (MORAIS, 2009b).

Assim, em *Volkswagen*⁹⁷³, e em *GlaxoSmithKline*⁹⁷⁴, o Tribunal Geral aprecia restrições “aparentes” da concorrência, à luz da jurisprudência do Tribunal de Justiça.

Com efeito, em ambos os casos deparamo-nos com restrições orientadas para a repartição de mercados, tratando-se pois de condutas que a jurisprudência tem considerado como atentando diretamente contra os objetivos da previsão de regras de defesa da concorrência no Tratado, designadamente a promoção da integração dos mercados; como tal, e não obstante os fatores potencialmente justificativos das condutas designadas – garantia da qualidade dos produtos, salvaguarda dos mecanismos de distribuição, entre outros – o Tribunal Geral teria o suporte adequado a considerar as restrições em causa como sendo condutas adequadas, *pela sua natureza* a restringir a concorrência no mercado interno e como tal, restrições da concorrência pelo seu objeto. Em *Volkswagen*, a prova do objeto restritivo assume especial relevância⁹⁷⁵: uma vez

⁹⁷³ Acórdão do Tribunal Geral *Volkswagen*, já citado, objeto de apreciação pelo Tribunal de Justiça no Acórdão de 18.9.2003, *Volkswagen c. Comissão*, C-338/00 P, EU:C:2003:473 (não se pronunciando sobre a qualificação da prática como uma restrição da concorrência pelo Tribunal Geral).

⁹⁷⁴ Acórdão do Tribunal Geral *GlaxoSmithKline*, já citado, objeto de apreciação pelo Tribunal de Justiça no Acórdão *GlaxoSmithKline*, já citado.

⁹⁷⁵ Mais do que a *aparência* de objeto restritivo, no Acórdão do Tribunal Geral *Volkswagen* refere-se à prova do objeto restritivo, no caso relacionada com a prova documental recolhida ao longo da investigação e apresentada perante o Tribunal Geral de que a Volkswagen havia introduzido diversas medidas destinadas a impedir que os seus concessionários em Itália vendessem veículos a consumidores estrangeiros ou não residentes em Itália. É a descrição documental em causa que permite ao Tribunal Geral concluir, *inter alia* que “*resulta claramente do conjunto destes documentos que a Comissão concluiu acertadamente que a recorrente, com a ajuda das suas filiais Audi e Autogerma, pôs em prática uma política de contingentação do abastecimento dos concessionários italianos, com o objetivo declarado de entravar as reexportações a partir de Itália e, portanto, de compartimentar o mercado italiano*” (n.º 88). Daqui, o Tribunal Geral conclui que “*segundo jurisprudência assente, para efeitos de aplicação do artigo 85.º, n.º 1 do Tratado, a tomada em consideração dos efeitos concretos de um acordo é supérflua quando se demonstre que este tem por objetivo impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado comum. Consequentemente, a demonstração de efeitos anticoncorrenciais reais não é exigida quando estiver provado o objeto anticoncorrencial dos comportamentos controvertidos... Ora, como acabou de se verificar, a Comissão provou que a recorrente tomou medidas que tinham por objetivo a compartimentação do mercado italiano... Por conseguinte, a Comissão não estava obrigada a purar os efeitos concretos destas medidas sobre o jogo da concorrência no interior do mercado comum*” (n.º 178). Compare-se a passagem que acabámos de transcrever com a conclusão do Tribunal

demonstrada, através de prova documental impressiva (designadamente, documentos internos da empresa reproduzindo afirmações de responsáveis desta nos termos da qual era sua pretensão impedir reexportações dos concessionários italianos das marcas do grupo alemão⁹⁷⁶), que a conduta em causa tem por objetivo criar um obstáculo à interpenetração económica pretendida pelo Tratado, a restrição da concorrência fica demonstrada; seguidamente, o contexto económico em que a mesma ocorre e produzirá os seus efeitos é igualmente considerado, para satisfação do enquadramento contextual imposto pela jurisprudência do Tribunal de Justiça⁹⁷⁷.

Geral em *European Night Services*, n.º 136: “Antes de examinar os argumentos das partes quanto à correcção da análise da Comissão a respeito das restrições à concorrência, o Tribunal recorda, liminarmente, que a apreciação de um acordo ao abrigo do artigo 85.º, n.º 1 do Tratado deve ter em conta o quadro concreto em que esse acordo produz os seus efeitos e designadamente o contexto económico e jurídico em que as empresas operam, a natureza dos serviços visados por esse acordo, bem como as condições reais do funcionamento e da estrutura do mercado em causa... salvo se se tratar de um acordo com restrições manifestas à concorrência como a fixação de preços, a repartição do mercado ou o controlo das vendas”.

⁹⁷⁶ No caso, medidas aptas a excluir o comércio paralelo, ainda que este continuasse a subsistir.

⁹⁷⁷ Assume especial relevância, neste ponto, os termos em que o Tribunal Geral discute a necessidade de definição apropriada do mercado relevante em que ocorre a prática, para efeitos de aplicação do artigo 101.º. Assim, “importa recordar que a delimitação do mercado não tem a mesma função consoante se trata de aplicar o artigo 85.º do Tratado ou o artigo 86.º do Tratado CE. No âmbito da aplicação do artigo 86.º do Tratado, a definição adequada do mercado em causa é condição necessária e prévia a qualquer julgamento que incida sobre um comportamento pretensamente anticoncorrencial, uma vez que, antes de estabelecer a existência de um abuso de posição dominante, é necessário estabelecer a existência de uma posição dominante num dado mercado, o que pressupõe que este mercado tenha sido previamente delimitado. Em contrapartida, no âmbito do artigo 85.º do Tratado, é para determinar se o acordo, a decisão de associação de empresas ou a prática concertada em causa é susceptível de afectar o comércio entre Estados-Membros e tem por objetivo ou efeito impedir, restringir ou falsear o jogo da concorrência no mercado comum, que é necessário, eventualmente, definir o mercado em causa... Consequentemente, a obrigação de proceder a uma delimitação do mercado numa decisão adoptada em aplicação do artigo 85.º do Tratado impõe-se à Comissão quando, sem essa delimitação, não é possível determinar se o acordo, a decisão de associação de empresas ou a prática concertada em causa é susceptível de afectar as trocas comerciais entre Estados-Membros e tem por objeto ou por efeito impedir, restringir ou falsear o jogo da concorrência no interior do mercado comum” (n.º 230). Ora, tendo considerado que a Comissão satifez adequadamente o dever probatório relacionado com a demonstração de uma conduta que tinha por objetivo a restrição da concorrência no mercado comum, o Tribunal Geral conclui que “a aplicação feita pela Comissão do artigo 85.º do Tratado não exigia, no caso vertente, uma definição prévia do mercado geográfico” (n.º 231). É relevante, todavia, sublinhar que o Tribunal Geral não afasta – pelo contrário – a eventual necessidade de se definir o mercado relevante quando esta definição seja necessária para aferir, *também*, o objeto restritivo da prática. O tema da definição do mercado relevante no contexto da aplicação do artigo 101.º, n.º 1 TFUE merece algumas considerações adicionais. Sendo, em termos práticos,

No Acórdão do Tribunal Geral *GlaxoSmithKline*, a posição adotada pelo Tribunal Geral segue de perto as orientações do Tribunal de Justiça na determinação do que constitui uma restrição da concorrência pelo objeto. Enquanto decisão proferida no âmbito do recurso apresentado contra uma decisão da Comissão que concluía pela existência de uma restrição da concorrência assente num sistema de preços dual nas condições gerais de venda de medicamentos da GlaxoSmithKline aos seus distribuidores espanhóis⁹⁷⁸, implicando um preço diferenciado para os medicamentos que fossem adquiridos por grossistas que exportassem tais medicamentos para fora de Espanha. Como tal, a Comissão conclui na sua decisão de 2001 que *“o objetivo da [GlaxoSmithKline] é claramente o de impedir o comércio paralelo obrigando os grossistas espanhóis a adquirirem os medicamentos a preços mais elevados do que o preço industrial máximo para as vendas internas”*⁹⁷⁹.

Adicionalmente, a Comissão conclui igualmente por um efeito restritivo da concorrência, ao verificar que estas condições de preços tornam o comércio paralelo desses medicamentos economicamente desinteressante, o que *“revela que os acordos produzem um efeito restritivo sobre a concorrência excluindo ou limitando as possibilidades de comércio paralelo”*⁹⁸⁰.

um dos principais elementos contenciosos na relação entre autoridades e empresas investigadas no âmbito de investigações de natureza sancionatória e na contestação das conclusões daquelas – como sublinha (MOURA E SILVA, 2008) – a sua relevância dogmática na aplicação do artigo 101.^o é substancialmente diminuída face ao artigo 102.^o. Enquanto neste, a definição do mercado é condição essencial e necessária da determinação de uma restrição, pois é em relação ao mercado relevante que podemos qualificar uma empresa como dominante, naquele o mercado relevante é apenas um dos elementos que poderá ser tido em conta na análise do contexto jurídico e económico em que se insere a prática. Daí, o Tribunal Geral – e o Tribunal de Justiça – remeterem a sua definição para uma relevância acessória, e como tal secundária, no contexto de aplicação desta norma.

⁹⁷⁸ Decisão da Comissão de 8.5.2001, *Glaxo Wellcome*, JO L 302/1, de 17.11.2001, adiante “Decisão *GlaxoSmithKline*”.

⁹⁷⁹ Cf. Decisão *GlaxoSmithKline*, n.º 116.

⁹⁸⁰ Cf. Decisão *GlaxoSmithKline*, n.º 126.

A pronúncia do Tribunal Geral sobre o recurso é, a todos os títulos, exemplificativa do percurso analítico imposto pela jurisprudência dos Tribunais da União necessário à verificação de uma restrição da concorrência pelo objeto. Começando por recordar, a título preambular, o conceito lato e não dogmático de concorrência à luz dos Tratados, o Tribunal Geral revê os princípios gerais decorrentes da jurisprudência do Tribunal de Justiça que enquadram o conceito de restrição da concorrência pelo objeto⁹⁸¹, previamente à análise da decisão da Comissão e dos argumentos de recurso apresentados pela GlaxoSmithKline.

Assim, *“tendo a GSK alegado que a Comissão não teve corretamente em conta o contexto jurídico e económico pertinente quando apreciou a existência de uma restrição da concorrência, deve salientar-se, desde logo, que a concorrência referida no artigo 3.º, n.º 1, alínea g), CE e no artigo 81.º CE é uma concorrência eficaz, ou seja, um grau de concorrência necessário para serem alcançados os objetivos do Tratado. A sua intensidade pode variar em função da natureza do produto e da estrutura do mercado em causa. Além disso, os seus parâmetros podem ter uma importância desigual, uma vez que a concorrência de preços não constitui a única forma de concorrência eficaz nem aquela a que se deve, em qualquer circunstância, conceder uma prioridade absoluta... Por consequência, a caracterização de uma restrição da concorrência na aceção do artigo 81.º, n.º 1, CE, deve ter em conta o quadro real e, portanto, o contexto jurídico e económico em que atua o acordo a que essa restrição é imputada. Essa obrigação impõe-se para compreender quer o seu objeto quer o seu efeito... Assim, quando a análise das cláusulas de um acordo, efetuada no seu contexto jurídico e económico revela em si mesma a existência de uma alteração da concorrência pode presumir-se que esse acordo tem por objeto impedir, restringir ou falsear a concorrência..., de forma que não é necessário analisar o seu efeito.”* Esta introdução – que assenta apenas e tão-só na jurisprudência do Tribunal de Justiça (sem referência a um único precedente do próprio Tribunal Geral, refira-se) permitiria adivinhar uma

⁹⁸¹ Cf. Acórdão do Tribunal Geral *GlaxoSmithKline*, n.ºs 109-111: o Tribunal Geral cita como precedentes: o Acórdão do Tribunal de Justiça de 9.11.2003, *Conorzio Industrie Fiammiferi (CIF) c. Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, C-198/01, EU:C:2003:430, adiante “Acórdão CIF”, n.º 68; o Acórdão *Metro I*, n.ºs 20-21; o Acórdão *Société Technique Minière*; o Acórdão *Consten* e o Acórdão *Oude Luttikhuis*.

avaliação em sequência que não suscitaria maiores dificuldades: identificada uma restrição que assentava na diferenciação das condições comerciais aplicáveis ao comércio paralelo, o que é uma restrição da concorrência, e não existindo argumentos decorrentes do contexto jurídico e económico em que se insere que permitam afastar a conduta do campo de aplicação do artigo 101.º, n.º 1, estaria identificada uma restrição da concorrência pelo objeto.

Todavia, o Tribunal Geral vai mais longe. Perante a afirmação – correta – da GlaxoSmithKline nos termos da qual não basta a identificação de um comportamento que, *pela sua natureza*, constitua uma restrição da concorrência para determinar o preenchimento das condições do artigo 101.º, n.º 1 TFUE, sendo igualmente necessário apreciar se essa restrição, no contexto jurídico e económico em que se insere, constitui uma restrição da concorrência, o Tribunal Geral dá um passo assertivo na direção de uma *análise mais económica* da proibição contida no n.º 1: “*com efeito [diz-nos o Tribunal Geral, em resposta à GlaxoSmithKline], o objective conferido ao artigo 81.º, n.º 1 CE, que constitui uma disposição fundamental indispensável ao cumprimento das missões confiadas à Comunidade e, em particular, ao funcionamento do Mercado interno..., é o de evitar que as empresas, ao restringirem a concorrência entre elas ou com terceiros, reduzam o bem-estar dos consumidores dos produtos em causa... Na audiência, a Comissão salientou por várias vezes que tinha sido nesta perspetiva que conduziu a sua análise, concluindo, num primeiro momento, que as condições gerais de venda restringiam, com toda a evidência, o bem-estar dos consumidores, e, num segundo momento, interrogando-se sobre se esta restrição seria compensada por um acréscimo de eficiência que beneficiasse os consumidores. Por consequência, a aplicação do artigo 81.º, n.º 1 CE ao caso concreto não pode depender unicamente do facto de o acordo em causa visar limitar o comércio paralelo de medicamentos ou compartimentar o Mercado comum, elementos que permitem concluir que ele afeta as trocas entre Estados-Membros, mas exige ainda uma análise destinada a determinar se o mesmo acordo tem por objeto ou por efeito impedir, restringir ou*

falsear a concorrência no Mercado em causa em detrimento do consumidor final”⁹⁸².

Já nos referimos anteriormente à relevância dada por alguns autores a esta afirmação do Tribunal Geral, que implica, por si só, uma alteração substancial dos objetivos e meios de integração e aplicação do artigo 101.º, n.º 1 TFUE. Quanto a nós, e também já o defendemos na presente tese e em momento anterior⁹⁸³, a rejeição desta posição pelo Tribunal de Justiça não constitui uma reversão nem um retrocesso, ou uma apologia de uma abordagem formalista ao conceito de restrição da concorrência, mas o reiterar da posição assumida pelo Tribunal de Justiça desde a década de 1960 quanto ao papel das regras de concorrência previstas no Tratado – e do artigo 101.º, n.º 1 TFUE em particular – na salvaguarda dos objetivos da integração económica, e no recentrar do debate da “abordagem mais económica” ao artigo 101.º no que aos instrumentos de análise importa. Se de rejeição dogmática se trata, é da recondução do artigo 101.º, n.º 1 à prossecução apenas de objetivos de eficiência económica.

Com efeito, na apreciação do recurso interposto, designadamente, pela Comissão sobre as questões de direito suscitadas no acórdão do Tribunal Geral, o Tribunal de Justiça assumirá uma posição de princípio clara quanto ao objetivo último do artigo 101.º TFUE tal como proposto pelo Tribunal Geral, sem infirmar a avaliação da primeira instância relativamente aos parâmetros de conformidade necessários; assim, o Tribunal Geral havia, sem margem para dúvidas, concluído por uma restrição da concorrência, assente numa violação do artigo 101.º, n.º 1⁹⁸⁴: a questão de saber se a mesma está dependente da avaliação dos impactos da prática no bem-estar do consumidor ou se preenche os requisitos do balanço económico do n.º 3 não afetam esta conclusão, pelo que o Tribunal de Justiça confirma, neste ponto, a decisão do Tribunal Geral. O que não confirma é conclusão final do Tribunal Geral nos termos da qual, para além de se verificar se

⁹⁸² Cf. Acórdão do Tribunal Geral *GlaxoSmithKline*, n.º 118.

⁹⁸³ Em (FERREIRA, 2010).

⁹⁸⁴ Cf. Acórdão *GlaxoSmithKline*, n.ºs 65-67.

o acordo visa ou não limitar o comércio paralelo, deveria ainda verificar se, à luz do seu contexto jurídico e económico, a restrição teria um impacto na concorrência, entendida como uma afetação do bem-estar do consumidor.

Assim, *“no que respeita à afirmação do Tribunal de Primeira Instância segundo a qual se é seguro que um acordo que visa limitar o comércio paralelo deve em princípio considerar-se como acordo que tem como objetivo restringir a concorrência, é na medida em que se pode presumir que o mesmo priva os consumidores finais das vantagens de uma concorrência eficaz em termos de aprovisionamento ou de preços, deve observar-se que nem a redação do artigo 81.º, n.º 1 CE, nem a jurisprudência permitem corroborar essa afirmação. Por um lado, não resulta de modo nenhum desta disposição que só os acordos que privam os consumidores de certas vantagens podem ter um objective anticoncorrencial. Por outro lado, importa sublinhar que o Tribunal de Justiça já decidiu que o artigo 81.º CE visa, a exemplo de outras regras de concorrência enunciadas no Tratado, proteger não apenas os interesses dos concorrentes ou dos consumidores, mas a estrutura do Mercado e, deste modo, a concorrência em si mesma. Por isso, a declaração da existência de objetivo anticoncorrencial de um acordo não pode ficar subordinada a que os consumidores fiquem privados de uma concorrência eficaz em termos de aprovisionamento ou de preços”*⁹⁸⁵.

Verifica-se, pois, uma validação pelo Tribunal de Justiça da metodologia empregue pelo Tribunal Geral, mas não das suas conclusões, em particular da extrapolação da necessidade de aferição do impacto no consumidor como elemento necessário ou essencial da apreciação do contexto jurídico e económico em que se insere um acordo; finalmente, é com base neste ponto que o Tribunal de Justiça consolida, pela via negativa, a sua posição de princípio quanto aos objetivos prosseguidos pelo artigo 101.º, n.º 1.

⁹⁸⁵ Assim, Acórdão *GlaxoSmithKline*, n.ºs 62-63. Notamos que o Tribunal de Justiça invoca como precedente o Acórdão *T-Mobile*, proferido pouco antes.

Todavia, e este é um ponto em que o Acórdão do Tribunal de Justiça nos merece reservas, o Tribunal de Justiça não se pronuncia sobre a tese defendida pelo Tribunal Geral no que respeita à necessidade de considerar os efeitos de uma prática como elemento necessário à sua qualificação como restrição da concorrência pelo objeto⁹⁸⁶. Embora o Tribunal de Justiça critique a análise do objeto restritivo da concorrência dos acordos objeto de análise, apenas o faz na medida em que o Tribunal Geral subordina a existência de um objetivo anticoncorrencial à prova de impactos para os consumidores finais, e não pela necessidade de considerar os efeitos na determinação do objetivo restritivo da concorrência. Em bom rigor, se para concluir pelo objeto restritivo, for necessário analisar os efeitos da prática, é porque tal objeto restritivo não se identifica no caso concreto.

Crítica mais contundente do Tribunal de Justiça às posições assumidas pelo Tribunal Geral em sede de recurso de uma decisão da Comissão pode ser encontrada em *Groupement des Cartes Bancaires*.

Na sequência de uma investigação iniciada ainda ao abrigo do regime de notificação prévia de acordos, decisões de associações de empresas e práticas concertadas com vista à obtenção de uma isenção individual, nos termos do Regulamento 17/62⁹⁸⁷; em 17 de Outubro de 2008, a Comissão notificou o

⁹⁸⁶ Cf. Acórdão do Tribunal Geral *GlaxoSmithKline*, n.º 147: “Por consequência, a conclusão principal da Comissão, de que o artigo 4.º das condições gerais de venda se deve considerar proibido pelo artigo 81.º, n.º 1, CE por ter por objeto restringir o comércio paralelo não pode ser acolhida. Estando os preços dos medicamentos em causa, em larga medida, subtraídos ao livre jogo da oferta e da procura devido à regulamentação aplicável, e sendo fixados ou controlados pelos poderes públicos, não se pode sem mais dar por adquirido que o comércio paralelo visa baixar os preços e, assim, aumentar o bem-estar dos consumidores finais. A análise do teor do artigo 4.º das condições gerais de venda, efetuada neste contexto, não permite portanto presumir que esta estipulação, que visa limitar o comércio paralelo, visa reduzir o bem-estar dos consumidores finais. Nesta situação, em grande medida inédita, o carácter restritivo da concorrência deste acordo não pode ser deduzido da mera leitura dos seus termos, efetuada no seu contexto, tendo de ser necessariamente considerados os seus efeitos, quanto mais não seja para verificar o que essa leitura permitiu à autoridade reguladora detectar” (destaque nosso).

⁹⁸⁷ O *Groupement des Cartes Bancaires*, uma organização de bancos francesas responsável pela organização de sistemas de pagamentos com cartão no mercado francês, notificou a Comissão Europeia, em 10 de Dezembro de 2002, da decisão de adoção de um conjunto de medidas tarifárias, a saber: um mecanismo regulador da função de aquisição; alterações nas comissões de

Groupement da sua decisão de proibição⁹⁸⁸, nos termos da qual a Comissão concluiu que as medidas notificadas pelo *Groupement* consistiam numa série de medidas de fixação de preços, que tinham por objeto e efeito a restrição da concorrência no mercado da emissão de cartões de pagamento em França. Em concreto, a Comissão entendia que tais medidas tinham por objetivo beneficiar os grandes bancos franceses, favorecendo os maiores emissores de cartões em detrimento de bancos menores ou recentes no mercado, tendo por efeito a manutenção do preço dos cartões acima do nível que resultaria da livre concorrência.

Este processo coloca um conjunto de questões relevantes a nível do Direito e da política da concorrência, enquadrando-se num conjunto de decisões adotadas pela Comissão relativamente aos sistemas de pagamentos eletrónicos, que, pela sua natureza, testam alguns dos limites da análise e aplicação convencional do artigo 101.º, n.º 1 TFUE; com efeito, a estrutura complexa dos mercados relevantes utilizada para caracterizar os serviços e atividades associadas aos pagamentos com cartão, os designados “mercados de dois lados”, suscita questões importantes relativas à análise das condutas dos agentes que operam em cada um dos “lados” desse Mercado, aos seus incentivos e à interdependência das suas relações, de tal modo que comportamentos *pela sua natureza* restritivos da concorrência (e.g., acordos de fixação de preços) necessitem de uma análise mais cuidada à luz do impacto sobre o funcionamento geral do mercado em que são adotadas⁹⁸⁹.

adesão e de manutenção da ligação ao *Groupement*; a introdução de uma taxa para “membros adormecidos”; outras medidas relacionadas com a distribuição dos direitos de voto pelos membros da organização, direitos quanto aos bens da organização e às receitas decorrentes das comissões e taxas pagas ao *Groupement*.

⁹⁸⁸ Decisão da Comissão de 17.10.2008, *Groupement des Cartes Bancaires*, JO C 183, de 5.8.2009, adiante “Decisão *Groupement des Cartes Bancaires*”.

⁹⁸⁹ Note-se que um ano antes da adoção da Decisão *Groupement des Cartes Bancaires*, a Comissão adotou uma decisão de proibição sobre algumas das comissões interbancárias multilaterais intraregionais adotadas no âmbito do sistema de pagamentos com cartão MasterCard (Decisão de 19.12.2007, *MasterCard, Eurocommerce e Commercial Cards*, JO C 264, de 6.11.2009, adiante “Decisão *MasterCard*”), nos termos da qual se conclui que as comissões em causa são consideradas restrições da concorrência pelo seu efeito (a Comissão não adota uma posição

A Comissão objeta, em especial, a tarifa introduzida com vista à regulação da função de aquisição⁹⁹⁰ e a quotização para “membros dormentes”. Assim, o *Groupement* alegava que estas tarifas tinham por objeto, por um lado, compensar as externalidades positivas decorrentes da função de aquisição, uma vez que os aceitantes dos cartões emitidos ao abrigo do *Groupement* garantiam, por via da sua atividade de angariação de comerciantes para aceitação desses cartões, uma maior atratividade para a atividade de emissão; em bom rigor, os emissores beneficiavam da atividade dos aceitantes, e como tal a tarifa de regulação da função de aquisição tinha por objetivo estimular os membros com menores atividades de aceitação a desenvolver esse negócio e, simultaneamente, compensar os membros com maiores atividades de aceitação pelos custos inerentes. Por outro lado, a introdução de uma taxa adicional aplicável aos “membros dormentes”⁹⁹¹, tinha por objetivo compensar as vantagens por si auferidas pela adesão a um sistema já em funcionamento, sem que tivessem tido uma contribuição relevante para o mesmo; haveria, portanto, uma lógica de compensação ou de anulação do “parasitismo” relativamente aos membros que aderiram ao *Groupement* com vista a beneficiar de um sistema de pagamentos de utilização generalizada, sem que tivessem contribuído para esse resultado.

definitiva quanto à natureza restritiva das comissões pelo seu objeto, deixando em aberto essa qualificação).

⁹⁹⁰ A atividade de aceitação no âmbito de um sistema de pagamentos quadripartido de cartões, também designada de *acquiring*, é uma actividade de natureza financeira, nos termos da qual uma determinada entidade financeira (um banco ou sociedade financeira especializada), que representa um determinado sistema de pagamentos com cartão, angaria comerciantes para aceitação de pagamentos com cartão dos sistemas por si representados. Nos casos de sistemas de pagamentos com cartão “abertos” ou quadripartidos, para além do aceitante, identificam-se ainda mais três “partes” intervenientes no sistema: o comerciante, o consumidor e o emitente dos cartões. O aceitante convence o comerciante a aceitar pagamentos com cartões, o emissor convence o consumidor a fazer pagamentos com cartões por si emitidos; finalmente, a definição das regras que garantem a segurança e o reconhecimento dos cartões, tanto da parte do consumidor como do comerciante, são definidos pelo próprio sistema de pagamentos, normalmente uma organização de tipo ou matriz associativo, que define as regras e condições de funcionamento do sistema.

⁹⁹¹ Qualificados como os membros que aderiram ao *Groupement* previamente à adoção dos mecanismos tarifários, mas que não desenvolveram significativamente a sua atividade de emissão ou aceitação.

Do ponto de vista da análise jusconcorrencial das medidas adotadas pelo *Groupement*, a Comissão afasta a consideração da estrutura de “dois lados” para efeitos de avaliação do contexto jurídico e económico das medidas do *Groupement*, e conclui que, enquanto decisões de uma associação de empresas com um objetivo de fixação de preços que diferenciam materialmente entre tipos de membros do *Groupement* consoante o seu peso na atividade de emissão de cartões, constituem restrições da concorrência pelo seu objeto, mas também pelo seu efeito⁹⁹².

Já aqui nos referimos aos acórdãos proferidos pelo Tribunal Geral e pelo Tribunal de Justiça no âmbito deste processo. Interessa-nos neste momento determinar o modo como o Tribunal Geral aprecia o preenchimento, pela Comissão, do seu dever de demonstração e fundamentação dos elementos que constituem uma restrição da concorrência pelo objeto⁹⁹³; ora, como elemento destacado na apreciação do Tribunal Geral, a referência à posição assumida no seu Acórdão *European Night Services* quanto à desnecessidade de considerar o

⁹⁹² Marcando uma clara diferença na metodologia de análise empregue na Decisão *MasterCard*, onde uma decisão de associação de empresas com objetivo de fixação de preços (a comissão interbancária multilateral intraregional supletiva objeto da investigação), foi avaliada como uma restrição da concorrência pelo efeito, no contexto específico da estrutura de mercado de “dois lados” em que assenta o sistema de pagamentos com cartão MasterCard. A posição que será assumida pelo Tribunal de Justiça no Acórdão *Groupement de Cartes Bancaires* coloca em evidência o maior esforço probatório necessário para a identificação de restrições da concorrência pelo objeto no contexto de mercados caracterizados por estruturas complexas.

⁹⁹³ O Acórdão do Tribunal Geral *Groupement des Cartes Bancaires* foi anulado pelo Tribunal de Justiça, por erro (manifesto) de direito na apreciação da qualificação da prática imputada ao *Groupement* como uma restrição da concorrência pelo objeto, e por uma “falha geral de análise” da primeira instância. Uma vez que a Comissão havia igualmente concluído que a conduta em causa deveria ser qualificada como restrição pelo efeito – questão que o Tribunal Geral não apreciou por entender desnecessário à luz da sua conclusão relativamente à natureza objetiva da restrição – o processo foi devolvido à primeira instância para reapreciação da decisão da Comissão sobre a existência de uma restrição por efeito. Por Acórdão do Tribunal Geral de 30.6.2016, *Groupement des Cartes Bancaires (CB) c. Comissão*, T-491/07 RENV, EU:T:2016:379, o Tribunal Geral reapreciou a decisão da Comissão, concluindo pela existência de uma restrição da concorrência pelo efeito. Note-se, todavia, que parte da decisão da Comissão, relativa à proibição do *Groupement* adotar, no futuro, medidas de objeto idêntico às proibidas pela Comissão, foi anulada pelo Tribunal, uma vez que, à luz do contexto em que as mesmas se inseriam, tais medidas não poderiam ser qualificadas como restrições pela sua própria natureza, sendo necessário, portanto, determinar os seus efeitos restritivos (reais ou potenciais).

contexto jurídico e económico no caso de restrições *evidentes*, assume aqui especial preponderância, até pelo efeito de contaminação sobre a restante análise dos elementos que deveriam ser tidos em conta para analisar a restrição no quadro real em que se insere.

Com efeito, já aqui criticámos a posição assumida pelo Tribunal Geral em *European Night Services* quanto à desnecessidade de considerar o contexto jurídico e económico no caso de restrições *óbvias* da concorrência, por um lado, e por outro lado, por uma aparente confusão entre a análise do contexto económico e jurídico e a ponderação dos efeitos pró-competitivos de um acordo⁹⁹⁴.

No Acórdão do Tribunal Geral *Groupement des Cartes Bancaires*, o Tribunal Geral reitera esta posição⁹⁹⁵, e em sequência, considera que a análise

⁹⁹⁴ Sob pena de desvirtuar a distinção entre restrição da concorrência pelo objeto e pelo efeito, a análise dos efeitos (positivos ou negativos) de um acordo não pode ser realizada no âmbito da análise contextual imposta pelo Tribunal; em bom rigor, se for necessário averiguar os efeitos (actuais ou potenciais) de uma prática para concluir pela sua proibição, estaremos já no âmbito da qualificação da restrição pelo efeito. É por isso importante sublinhar que o que está em causa é um juízo de adequação da prática a um resultado provável, independentemente da sua efetiva (ou possível) concretização. Por este motivo, o Tribunal de Justiça sublinha a natureza excecional ou “restritiva” do conceito de restrição da concorrência pelo objeto, que deve ser reservada às manifestações mais evidentes de limitação da autonomia empresarial.

⁹⁹⁵ O Tribunal Geral parece subscrever esta interpretação literal do n.º 136 do Acórdão do Tribunal Geral *European Night Services*, no sentido de considerar que a análise do contexto jurídico e económico não é necessário perante as restrições da concorrência pelo objeto patentes ou óbvias, e simultaneamente confundindo a análise do contexto com a ponderação dos efeitos positivos da prática. Veja-se, neste sentido, o Acórdão do Tribunal Geral *Groupement des Cartes Bancaires*, n.º 87: “Par ailleurs, doit être écarté l’argument du requérant selon lequel il y a lieu d’interpréter le point 136 de l’arrêt du Tribunal du 15 septembre 1998, *European Night Services e.a./Commission* (T-374/94, T-375/94, T-384/94 et T-388/94, Rec. p. II-3141), dans le sens où c’est seulement lorsqu’une décision d’association d’entreprises comporte des restrictions patentes de la concurrence que de telles restrictions ne peuvent être mises en balance avec les effets favorables de cette décision que dans le cadre de l’article 81, paragraphe 3, CE. En effet, cet argument procède d’une lecture erronée de ce point de l’arrêt *European Night Services e.a./Commission*, précité, duquel il ressort seulement que l’appréciation au titre de l’article 81, paragraphe 1, CE d’un accord contenant des restrictions patentes n’exige pas de tenir compte du cadre concret dans lequel il déploie ses effets, et notamment du contexte juridique et économique dans lequel opèrent les entreprises concernées, la mise en balance de ses effets pro- et anticoncurrentiels devant être effectuée dans le cadre du paragraphe 3 de l’article 81 CE. Ce point ne saurait être interprété dans le sens où, lorsque les restrictions ne sont pas patentes, les effets proconcurrentiels d’un accord peuvent être pris en compte dans le cadre de l’article 81, paragraphe 1, CE.” (destaque nosso). Esta

contextual das medidas em causa (que implicaria, entre outros elementos relevantes, a consideração da estrutura do mercado), por implicar eventuais impactos positivos num mercado distinto daquele onde as medidas são aplicadas, a saber, o mercado da aceitação, deverá ser realizada não ao abrigo do artigo 101.º, n.º 1, mas sim ao abrigo do n.º 3⁹⁹⁶.

Em bom rigor, o Tribunal Geral confunde, na aplicação do artigo 101.º, n.º 1 às medidas tarifárias do *Groupement*, a análise do contexto jurídico e económico em que se inserem – e que implica considerar a especial estrutura de mercado em que tais medidas serão aplicadas, e a interação entre os “dois lados” do mercado – com a ponderação dos efeitos pretendidos ou identificados pelo *Groupement* aquando da sua adoção: num caso, trata-se de respeitar o teste jurisprudencial de identificação de uma restrição objetiva da concorrência, noutro, trata-se de confundir o objeto com o efeito da prática.

2.3. Conclusões quanto à jurisprudência do Tribunal Geral

Podemos retirar daqui uma posição do Tribunal Geral relativamente a uma possível categorização das restrições da concorrência pelo objeto, distinguindo entre as restrições óbvias, nas quais a apreciação do contexto (o “quadro real” em que se insere o acordo) é desnecessário à luz da evidente nocividade da restrição; e as restrições menos óbvias, onde uma análise mais cuidada do contexto é necessária para poder determinar se as mesmas têm, afinal, por objetivo restringir a concorrência.

posição do Tribunal Geral contamina a avaliação do objeto restritivo das práticas em causa no processo *Groupement* (designadamente, logo no seguinte n.º 88, onde, estribado nesta conclusão, remete para a avaliação no âmbito do artigo 101.º, n.º 3 dos eventuais impactos na actividade de aceitação, alegados pelo *Groupement* como justificação para a adoção das medidas), no que será repudiado pelo Tribunal de Justiça.

⁹⁹⁶ Cf. Acórdão do Tribunal Geral *Groupement des Cartes Bancaires*, n.º 88: “Il s’ensuit que c’est au stade de l’analyse des mesures en cause au regard de l’article 81, paragraphe 3, CE que la Commission devait examiner si les mesures en cause étaient de nature à produire des effets proconcurrentiels sur le marché des systèmes de paiement, supérieurs aux effets éventuellement restrictifs qu’elles pourraient avoir sur le volet de l’émission.”

Esta jurisprudência levanta duas questões distintas: em primeiro lugar, assume a existência, dentro de uma referência global às restrições da concorrência pelo objeto, a restrições mais graves ou caracterizadas, e a restrições que são igualmente por objeto mas que, por serem menos caracterizadas, precisam de ser analisadas no contexto em que se inserem; em segundo lugar, parece criar uma distinção na distribuição do ónus probatório no interior da categoria das restrições pelo objeto: relativamente às restrições *caracterizadas* segundo os exemplos apresentados pelo Tribunal Geral⁹⁹⁷, a identificação de uma restrição daquela natureza constitui uma violação *per se* do artigo 101.º, n.º 1, e a avaliação contextual, a ser realizada, sê-lo-á apenas a nível do n.º 3, para efeitos de eventual justificação: ora, o recurso ao n.º 3 implica que seja a empresa envolvida a ter o ónus de alegar e provar o preenchimento dos requisitos, bastando à acusação demonstrar que o acordo tem um dos objetivos caracterizado; relativamente aos comportamentos não caracterizados, caberá então à Comissão ou à NCA demonstrar que, à luz do contexto em que se insere, tal acordo tem um objeto restritivo da concorrência. Esta posição, que pode ser encontrada, em certa medida, nas orientações da Comissão sobre o artigo 101.º, n.º 3, é disputada pela jurisprudência do Tribunal de Justiça a dois níveis: num primeiro nível, no que à caracterização das restrições importa, o Tribunal de Justiça nunca admitiu graus distintos de gravidade abstrata para determinadas manifestações de restrições da concorrência, e no Acórdão *Pierre Fabre* foi mais longe, expressamente afastando essa qualificação como tendo qualquer conteúdo jurídico no Direito europeu da concorrência; num segundo nível, no que à determinação dos elementos necessários à qualificação de uma restrição da concorrência pelo objeto, o Tribunal de Justiça deixou sempre claro que *qualquer* restrição da concorrência deve ser aferida no contexto real em que se insere.

De forma a garantir o efeito útil da distinção entre restrição por objeto *ou* por efeito, essa avaliação será necessariamente distinta, procurando determinar se o acordo tem um impacto efetivo – ou potencial – no quadro concorrencial aplicável, ou se tem aptidão para tal impacto, independentemente da prova de

⁹⁹⁷ Que recorre aos exemplos de restrições listadas nas alíneas a) a c) do n.º 1 do artigo 101.º.

qualquer efeito. Esta distinção tem um impacto dogmático na qualificação das duas categorias de restrições, mas também consequências práticas significativas, no que ao ónus probatório e respetiva distribuição interessa, colocando na esfera da autoridade administrativa responsável pela investigação – ou por uma parte lesada, no caso de se tratar de um processo cível – a demonstração e prova dos elementos necessários ao preenchimento do tipo. Tratando-se de uma restrição da concorrência pelo objeto, a dispensa de demonstração e prova dos efeitos anticoncorrenciais da conduta pela acusação coloca a empresa envolvida numa posição substancialmente mais frágil, uma vez que ficará limitada (em termos substantivos) a demonstrar que os requisitos legais para determinação do objeto restritivo da concorrência não estão demonstrados (e assim, que não há restrição), ou a alegar e provar que os requisitos da justificação individual estão preenchidos; já do lado da acusação, a conclusão por uma restrição pelo objeto apresenta uma considerável vantagem, pois a desoneração da demonstração de efeitos implica que este esforço – que implica uma aturada investigação de mercado e a identificação do contrafactual adequado – não será necessário; sendo certo que, no âmbito do Direito da concorrência europeu, o Tribunal de Justiça defere na Comissão ampla margem de descrição na apreciação de análises complexas, em especial em questões económicas, também é verdade que neste domínio a *igualdade de armas* em favor das empresas envolvidas é reforçada. O relativo reduzido número de processos investigados pela Comissão como restrições pelo efeito é sintomático desta dificuldade⁹⁹⁸.

⁹⁹⁸ Por exemplo, no domínio da aplicação do artigo 101.º, e no período pós-2003, apenas temos conhecimento da Decisão *MasterCard* como exemplo de investigação conduzida exclusivamente em torno de uma restrição da concorrência pelo efeito; nas demais investigações, a Comissão opta por demonstrar o objeto restritivo e, adicionalmente – particularmente nos processos que não são configuráveis como cartéis – como restrições pelo efeito. Todavia, a prática decisória da Comissão pós-2003 tem-se concentrado essencialmente em processos de investigação de cartéis, com poucos exemplos de decisões de proibição por aplicação do artigo 101.º a casos que não configuram cartéis clássicos, designadamente os casos de intercâmbio de informações (*Bananas*), comissões interbancárias multilaterais e mecanismos tarifários em sistemas de pagamentos (*Mastercard*, *Visa* e *Groupement*), e acordos de pagamento para impedir entrada no mercado (acordos *pay for delay* no setor farmacêutico).

É tendo presente esta consequência significativa que o Tribunal de Justiça tem, desde o Acórdão *Société Technique Minière*⁹⁹⁹, sublinhado a especial nocividade que uma restrição por objeto deve revelar: não por entender que as restrições por objeto são mais gravosas do que as restrições por efeito, o que não é o caso, até porque neste caso, há que demonstrar que uma conduta empresarial teve um impacto na estrutura do mercado ou na concorrência, mas porque o recurso a esta categoria de restrição deve ser reservada para aquelas condutas cujo impacto na concorrência seja imediata ou claramente perceptível, independentemente da análise dos efeitos que possa, ou não, ter. Assim, restrições mais graves, como acordos de fixação de preço ou repartição de mercados, tanto podem ser o resultado de restrições pelo objeto, como a consequência de restrições pelo efeito.

Ora, também a este nível o Tribunal de Justiça não configura o conceito de restrição da concorrência pelo objeto como um instrumento que vise facilitar a função da Comissão ou das autoridades nacionais na punição de condutas que limitem a liberdade ou autonomia empresarial, quanto muito assumindo que nos casos de menor dúvida quanto ao grau de nocividade evidente ou manifesto que representam, a análise do contexto em que o acordo se insere pode ser abreviada¹⁰⁰⁰, mas nunca dispensada, e sempre como dever na esfera da acusação.

⁹⁹⁹ No ponto seguinte abordamos a aparente diluição do conceito de restrição pelo objeto na sequência do Acórdão *T-Mobile*. Preambularmente, desde já referimos que entendemos não poder retirar-se desse acórdão qualquer abertura pelo Tribunal de Justiça à diluição do conceito de restrição pelo objeto, sem prejuízo de admitirmos que o Tribunal de Justiça sentiu a necessidade, em especial como Acórdão *Groupement des Cartes Bancaires*, de reiterar a sua posição relativamente à necessidade de uma restrição da concorrência pelo objeto dever ter um impacto significativo na concorrência.

¹⁰⁰⁰ Ver Acórdão *Toshiba*, n.ºs 28-31: “acordos relativos à repartição dos mercados constituem violações particularmente graves da concorrência (v., neste sentido, acórdãos *Solvay Solexis/Comissão*, C-449/11 P, EU:C:2013:802, n.º 82, e *IKK e o./Comissão*, C-408/12 P, EU:C:2014:2153, n.º 26). O Tribunal de Justiça também considerou que os acordos que visam a repartição dos mercados têm um objetivo restritivo da concorrência por si mesmos e estão abrangidos por uma categoria de acordos expressamente proibida pelo artigo 101.º, n.º 1, TFUE, não podendo esse objetivo ser justificado pela análise do contexto económico no qual o comportamento anticoncorrencial em causa se insere (acórdão *Siemens e o./Comissão*, C-239/11 P, C-489/11 P e C-498/11 P, EU:C:2013:866, n.º 218). No que se refere a tais acordos, a análise do contexto económico e jurídico no qual a prática se insere pode assim limitar-se ao que se revele

3. OBJETO RESTRITIVO E SENSIBILIDADE DA RESTRIÇÃO

A posição do Tribunal em relação às condutas empresariais cuja apreciação é chamado a avaliar neste período formativo dos princípios nucleares de interpretação do Tratado seria novamente testada num processo de reenvio do *Oberlandesgericht München* relativo à necessidade de considerar a posição de uma empresa no mercado para determinar se um contrato controvertido deve ser abrangido pelo artigo 101.º TFUE¹⁰⁰¹.

No processo *Völk c. Vervaecke* discute-se a validade de um contrato de distribuição celebrado entre um produtor alemão de máquinas de lavar e secar roupa, a Joseph Erd & Co., propriedade de Franz Völk, e um vendedor de eletrodomésticos belga, a Éts. Vervaecke, que lhe garantia um direito de venda exclusivo – incluindo uma cláusula de proteção territorial absoluta – para a Bélgica e o Luxemburgo. Ora, a quota de mercado na Alemanha do produtor era bastante baixa (representando entre 0,2% e 0,05% da produção deste tipo de equipamentos na então República Federal) e, perante o incumprimento do contrato pelo seu distribuidor belga e a alegação de invalidade do contrato por este apresentada, a questão colocada pelo produtor em sua defesa assenta no facto de a sua quota de mercado no seu mercado de origem ser de tal modo reduzida, que dificilmente poderia almejar a conquistar uma quota relevante nos

estritamente necessário para concluir pela existência de uma restrição da concorrência por objetivo. No caso vertente, a Toshiba alega que o Tribunal Geral cometeu um erro de direito ao qualificar o acordo de cavalheiros de «restrição da concorrência por objetivo», sem verificar previamente se a eventual entrada no mercado do EEE representava uma estratégia economicamente viável para os produtores japoneses. A este respeito, importa recordar que o Tribunal Geral examinou o argumento da Toshiba segundo o qual o acordo de cavalheiros não era suscetível de restringir a concorrência no EEE devido ao facto de os produtores europeus e japoneses não serem concorrentes no mercado europeu. É neste contexto que o Tribunal Geral constatou, por um lado, no n.º 230 do acórdão recorrido, que, visando o artigo 101.º TFUE também a concorrência potencial, o acordo de cavalheiros era suscetível de restringir a concorrência, a menos que existissem barreiras inultrapassáveis à entrada no mercado europeu que excluíssem qualquer concorrência potencial por parte dos produtores japoneses.”.

¹⁰⁰¹ Acórdão *Völk*, já citado.

mercados de exportação, ainda que ao abrigo de um contrato que conferia ao seu distribuidor exclusividade absoluta.

A questão parece com efeito exigir um balanceamento entre uma abordagem formal à proibição com a razoabilidade exigível à avaliação de condutas empresariais no seu contexto jurídico e económico; a primeira poderia determinar uma resposta negativa à questão colocada pelo tribunal nacional, mas a segunda pode determinar um esbatimento da distinção entre o *objeto* e o *efeito* restritivos como elementos distintos da proibição, ao aproximar a noção de restrição pelo objeto da afetação *sensível* da concorrência¹⁰⁰². A conclusão do Tribunal, como veremos, terá duas consequências necessárias: por um lado, a determinação de que, no Direito europeu da concorrência, nem todas as restrições da concorrência – pelo *objeto* ou pelo *efeito*¹⁰⁰³ – são necessariamente abrangidas pela proibição do n.º 1 (tornando-se pois desnecessário verificar a sua justificação à luz do n.º 3); por outro lado, que a avaliação do contexto jurídico e económico condiciona e determina a conclusão sobre a própria natureza da restrição, e que como tal, não deve ser confundido tal esforço analítico com a exegese necessária à identificação do *efeito* restritivo.

O enquadramento mais detalhado da fundamentação é apresentado pelo Advogado-geral Gand¹⁰⁰⁴: a proibição do artigo 101.º não abrange apenas as restrições da concorrência, pois para que um comportamento seja considerado uma restrição da concorrência merecedora de censura pelo dispositivo comunitário, é essencial – necessário – que a mesma represente um grau de dano ou nocividade suficiente que justifique a proibição da conduta¹⁰⁰⁵. A Comissão,

¹⁰⁰² Ver Acórdão *Consten*.

¹⁰⁰³ Convirá notar, desde já, que o Tribunal não distingue se as restrições são pelo objeto ou pelo efeito no momento de identificação da natureza *apreciável* da restrição; retornaremos a este ponto no capítulo seguinte, em especial quando comentarmos a posição da Comissão, na perspectiva da política da concorrência e da sua aplicação prática, na avaliação desta jurisprudência e da sua configuração em termos de orientações administrativas.

¹⁰⁰⁴ Cf. Conclusões do Advogado-geral Gand de 3.6.1969, no processo *Völk*, EU:C:1969:22.

¹⁰⁰⁵ Conclusões do Advogado-geral Gand (p. 101-103): “*Contrariamente ao que por vezes foi afirmado, não nos parece que o acórdão Grundig possa implicar que uma concessão de*

nas suas observações ao processo, procura enquadrar a questão – aceitando o princípio subjacente – na necessidade de a restrição dever afetar o comércio entre Estados-membros para se considerar proibida pelo artigo 101.^o, o que pressupõe, portanto que a alteração do comércio atinja uma amplitude considerável. A questão, todavia, toca na determinação do objeto restritivo do acordo apenas lateralmente: a questão não se prende com a qualificação de uma prática como sendo objetivamente restritiva, mas a mesma é suscetível de proibição à luz do Tratado; ora, como inerente à definição das regras de defesa da concorrência persiste a definição de um objeto de integração dos mercados, uma prática que não possa ter por consequência tal afetação não será objeto de proibição.

Nestes termos, o Tribunal irá determinar que “*para ser suscetível de afetar o comércio entre Estados-membros, o acordo deve, com base num conjunto de*

exclusividade dotada de uma protecção territorial absoluta seja necessariamente abrangida pela proibição prevista pelo n.º 1 do artigo 85.º. O caso que o Tribunal teve então de decidir revestia características demasiado especiais para que dele possamos retirar conclusões tão absolutas (...) O texto exige assim a conjugação de duas condições que, nas suas observações, a Comissão analisa à luz da jurisprudência do Tribunal, começando por aquela que faz depender a incompatibilidade do acordo com o mercado comum da constatação de que tal acordo tem por objeto ou efeito falsear a concorrência. Em princípio, esse constitui precisamente o objetivo de um acordo de exclusividade que inclui uma cláusula de protecção territorial absoluta... Devemos ficar por aqui? No acórdão Grundig, o Tribunal declarou que, para fins da aplicação do n.º 1 do artigo 85.º, não seria necessário tomar em consideração dos efeitos concretos de um acordo, desde que resultasse que tal acordo tinha por objetivo restringir, impedir ou falsear a concorrência, o que poderia implicar uma resposta negativa à questão apresentada; todavia, o alcance desta declaração deve limitar-se aos factos que deram origem ao acórdão. Com efeito, segundo o acórdão LTM, deve tomar-se em consideração o próprio objeto do acordo ‘tendo em conta o contexto económico em que este deve ser aplicado’, e, para que o n.º 1 do artigo 85.º possa ser aplicado, tal apreciação deve revelar um ‘grau suficiente de nocividade’ em relação à concorrência. Tal equivale a afirmar que a alteração do funcionamento da concorrência não deve ser meramente teórica, devendo revestir uma certa amplitude, e não estamos longes da restrição ‘sensível’ que estre mesmo acórdão exige que o acordo não pelo seu objeto, mas pelos seus efeitos. Por outro lado, este funcionamento da concorrência deve ser compreendido no quadro real em que se produziria na falta do acordo; ora, as consequências deste para as outras empresas ou para os consumidores podem variar bastante consoante a quota do mercado que o industrial controla ou tenta controlar” (...) “Ora, qualquer que seja o seu verdadeiro objeto, o contrato celebrado entre um produtor que apenas possui uma quota ínfima do mercado não pode prejudicar a realização de um mercado único; o carácter pouco relevante da posição ocupada pelo autor da concessão opõe-se a que este exerça qualquer influência importante no mercado. Uma visão realista leva-nos assim a pensar que o comércio entre Estados-membros não pode ser ‘afetado’ por um acordo celebrado num contexto análogo ao do contrato que motivou o reenvio...”

elementos objetivos de direito ou de facto, permitir que se encare com um grau suficiente de probabilidade a sua influência direta ou indireta atual ou potencial, sobre as correntes comerciais entre Estados-membros, num sentido que possa lesar a realização dos objetivos de um mercado único entre Estados. Além disso, apenas se pode aplicar a proibição do n.º 1 do artigo 85.º na condição de o acordo em causa ter por objeto ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado comum. Tais condições devem ser compreendidas por referência ao quadro real em que o acordo se coloca. Assim, a proibição do artigo 85.º não se aplica a um acordo que apenas afeta o mercado de modo insignificante, tendo em conta a situação pouco relevante que os interessados ocupam no mercado dos produtos em causa”¹⁰⁰⁶.

No Acórdão *Cadillon*¹⁰⁰⁷, o Tribunal de Justiça responderia a um pedido de decisão prejudicial do *tribunal de commerce* de Lyon no âmbito de um processo relativo a um diferendo comercial a empresa alemã *Firma Höss* e a empresa francesa *Cadillon*, quanto ao cumprimento e resolução de um contrato para venda dos produtos produzidos pela *Firma Höss* em território francês. Neste contexto, o Tribunal chamaria a atenção do órgão jurisdicional nacional para o facto de apenas no caso de um acordo ter por objeto ou efeito a restrição da concorrência é que o mesmo poderia ser proibido à luz do artigo 101.º, n.º 1, e que tal apenas pode ser determinado por referência às “*circunstâncias concretas do acordo*”¹⁰⁰⁸; por outro lado, e mais revelador, o facto de o acordo ter por objeto uma restrição territorial absoluta não revelaria para efeito de aplicação da proibição do artigo 101.º, uma vez que as partes do mesmo não tivessem possibilidade – pela sua diminuta presença nos mercados afetados pela prática – de afetar o objetivo de integração plena dos mercados; sem prejudicar a qualificação da exclusividade absoluta como sendo, em princípio, uma restrição da concorrência, o Tribunal apela uma vez mais às circunstâncias concretas do acordo, ao contexto jurídico e económico em que o mesmo se desenvolve, para

¹⁰⁰⁶ Acórdão *Völk*, p. 97-98.

¹⁰⁰⁷ Acórdão *Cadillon*, já citado.

¹⁰⁰⁸ Cf. Acórdão *Cadillon*, n.ºs 7-8.

concluir que, sem essa possibilidade de afetação do comércio entre Estados, esta restrição da concorrência não é merecedora de relevância à luz do Tratado¹⁰⁰⁹.

A definição desta exceção *de minimis*, que permite no essencial às partes num acordo restritivo da concorrência alegar que o seu incumprimento não deve ser considerado como tal, por ser de menor importância, encontra a sua origem direta na jurisprudência definida no Acórdão *Société Technique Minière*, onde o Tribunal deixou claro que *“é na medida em que o acordo pode afetar o comércio entre os Estados-Membros que a alteração da concorrência provocada por este acordo é abrangida pelas proibições de direito comunitário contidas no artigo 85.º, enquanto que, no caso contrário, essa alteração lhes escapa”*.

Como desenvolve o Advogado-geral Gand na opinião que apresentou no processo *Völk*, *“o acordo de concessão exclusiva deve, com base num conjunto de elementos objetivos de direito ou de facto, ser suscetível de fundamentar uma previsão razoável, permitindo que se receie que tal acordo possa influenciar, de uma forma direta ou indireta, atual ou potencial, as correntes comerciais entre Estados-Membros. Mais concretamente, dever-se-á analisar se é suscetível de isolar o mercado de determinados produtos. Ora, qualquer que seja o seu verdadeiro objeto, o contrato celebrado entre um produtor que apenas possui uma quota ínfima do mercado não pode prejudicar a realização de um mercado internacional único; o carácter pouco relevante da posição ocupada pelo autor da concessão opõe-se a que este exerça qualquer influência importante no mercado”*¹⁰¹⁰.

Por outro lado, se parece também claro que o Tribunal não pretenderia que se demonstrasse, no âmbito de comportamentos qualificados como restrições pelo objeto, a sua inaptidão ou insusceptibilidade para a produção de

¹⁰⁰⁹ Cf. Acórdão *Cadillon*, n.º 9: *“An exclusive dealing agreement may escape the prohibition laid down in Article 85 (1) because, in view of the weak position of the parties on the market in the products in question in the territory covered by the exclusive dealing arrangement, it is not capable of hendering the attainment of the objectives of a single market between States, even if it creates absolute territorial protection.”*

¹⁰¹⁰ Cf. Conclusões do Advogado-geral Gand no processo *Völk*, p. 103.

efeitos restritivos da concorrência como elemento adicional à aplicação do artigo 101.º, n.º 1, a jurisprudência iniciada com o Acórdão *Völk* obriga a que se aprecie, no quadro do contexto jurídico e económico em que se observa o acordo, se o mesmo seria adequado a ter um impacto sensível na concorrência no mercado; com efeito, a conclusão do Tribunal no n.º 7 do Acórdão *Völk* de que “a proibição do artigo 85.º não se aplica a um acordo que apenas afeta o mercado de modo insignificante, tendo em a situação pouco relevante que os interessados ocupam no mercado em causa” é apenas atingida depois do Tribunal se referir, nos n.ºs 5 e 6, às condições relacionadas com a afetação do comércio entre Estados-membros e à necessidade de determinação de um objeto ou efeito restritivos da concorrência, pelo que a avaliação do grau de afetação significativa se deverá verificar tanto em relação à restrição da concorrência como em relação à afetação do comércio entre Estados¹⁰¹¹; neste ponto, o Tribunal acaba por se afastar das conclusões do Advogado-geral Gand – que se referia apenas à insusceptibilidade de um acordo entre empresas com quotas de mercado insignificantes poder afetar o comércio entre Estados-Membros – ao impor esse juízo de sensibilidade sobre a restrição da concorrência.

Em bom rigor, não será um contrassenso para o Tribunal concluir que, após determinar que a aplicação da proibição do n.º 1 assenta numa clara distinção entre restrições pelo objeto e restrições pelo efeito, este venha a admitir o afastamento da proibição de restrições pelo objeto, devido à sua insusceptibilidade de produzir um efeito restritivo? Daí a distinção entre o preenchimento da condição do tipo de restrição, por um lado, e a verificação do potencial impacto nas trocas entre Estados, por outro¹⁰¹², como proposto por Gand, fizesse mais sentido numa perspetiva sistemática; em resultado, o Tribunal impõe um grau adicional de complexidade na avaliação da natureza de uma

¹⁰¹¹ Ver, neste sentido, e.g., (BELLAMY & CHILD, 2013, p. 148).

¹⁰¹² Que o Advogado-geral Gand defendia então dever ser tratada como uma questão prévia, pois só se um acordo for suscetível de afetar o comércio entre Estados-Membros é que poderá haver lugar à aplicação do artigo 101.º. O contrário não sucede no caso de se verificar em primeiro lugar se o acordo constitui, ou não, uma restrição da concorrência (cf. conclusões apresentadas no processo *Völk*, p. 103).

restrição, que deverá ser confrontada com a sua suscetibilidade de afetar a concorrência *significativamente* no mercado.

O problema de aplicação desta *doutrina da apreciabilidade da restrição* resulta, assim, da aparente confusão entre a apreciação das condições que tornam provável ou previsível que um determinado acordo tenha um impacto significativo no mercado e a sua qualificação como uma restrição da concorrência pelo objeto ou pelo efeito, embora não se devam confundir. Com efeito, o que o Tribunal impõe é um teste em duas etapas: numa primeira etapa, haverá que identificar se o acordo em causa constitui, ou não, uma restrição da concorrência; numa segunda etapa, se o mesmo é suscetível de ter um impacto significativo na concorrência, avaliação que terá de ser feita tanto no caso de a restrição ser por efeito, como por objeto.

A distinção, claro está, é que no caso de se tratar de uma restrição por efeito, o mesmo terá de ser verificado – trata-se de um dano concreto e determinado no funcionamento da concorrência no mercado – enquanto no segundo esse efeito é meramente presumido¹⁰¹³, deixando para a avaliação da significância do seu impacto no mercado um juízo de probabilidade ou de previsibilidade que o Tribunal não quantifica.

¹⁰¹³ Embora não seja sempre clara na jurisprudência do Tribunal de Justiça que exista uma clara presunção de efeito restritivo da concorrência inerente à natureza de uma restrição pelo seu objeto, o que é tornado ainda mais claro, designadamente, na verificação de uma restrição da concorrência pelo objeto mesmo no caso de acordos não implementados (ou seja, de acordos que, na prática nunca poderiam ter um impacto no mercado). Ver Acórdão *Sandoz*, já citado. Já para a Comissão, esta presunção de efeitos negativos inerentes às restrições por objeto é mais clara, como se verifica, designadamente, no n.º 21 das Orientações relativas à aplicação do artigo 81.º, n.º 3: “As restrições de concorrência por objetivo são aquelas que, pela sua natureza, podem restringir a concorrência. Trata-se de restrições que, à luz dos objetivos prosseguidos pelas regras comunitárias da concorrência, têm um elevado potencial em termos de efeitos negativos na concorrência e relativamente às quais não é necessário, para efeitos da aplicação do n.º 1 do artigo 81.º, demonstrar os seus efeitos concretos no mercado. Esta presunção baseia-se na natureza grave da restrição e na experiência que demonstra ser provável que as restrições da concorrência por objetivo tenham efeitos negativos no mercado e contrariem os objetivos das regras comunitárias da concorrência. As restrições por objetivo, como a fixação dos preços e a partilha do mercado, reduzem a produção e aumentam os preços, provocando uma deficiente afectação de recursos, na medida em que os bens e serviços procurados pelos consumidores não são produzidos. São igualmente prejudiciais para o bem-estar dos consumidores, dado que os obrigam a pagar preços mais elevados pelos bens e serviços em causa.”.

Tal exercício não implica um afastamento de uma restrição da concorrência pelo objeto pela demonstração da não produção de efeitos no caso concreto, uma vez que tal não é suportado pela jurisprudência do Tribunal¹⁰¹⁴. Embora no caso das restrições pelo efeito, a determinação do efeito restritivo e a sua configuração imponha um esforço adicional, no caso das restrições pelo objeto, o Tribunal impõe um juízo de previsibilidade e de probabilidade na apreciação da adequação de uma determinada prática, no contexto concreto em que se observa, para restringir a concorrência. O facto de tais efeitos não se verificarem não afasta a aplicação do artigo 101.º, n.º 1, mas a probabilidade de o seu impacto na concorrência ser reduzido ou insignificante poderá conduzir a tal resultado.

Esta questão poderá, portanto, ser colocada a dois níveis: em primeiro lugar, saber em que consiste essa restrição da concorrência? Em segundo lugar, como quantificamos o seu impacto?

À primeira questão procuramos apresentar uma resposta logo na Primeira Parte da nossa tese: o conceito de restrição da concorrência no Direito europeu da concorrência é polissémico e multifacetado, e quanto a nós não encontra respaldo na jurisprudência do Tribunal quem procurar determinar um sentido unívoco para o mesmo, assentando outrossim nos fins e objetivos específicos do projeto de integração económica e dos mercados, ao serviço dos quais foram introduzidas as normas de concorrência do Tratado, e nos princípios económicos subjacentes ao funcionamento de um mercado concorrencial, aos quais subjaz uma defesa do processo concorrencial assente na rivalidade e autonomia dos operadores económicos e na liberdade de acesso ao mercado.

No que respeita à quantificação ou determinação do seu impacto na concorrência parece assentar na determinação da quota de mercado das

¹⁰¹⁴ Assim, Acórdão *Sandoz*: o facto de um acordo não ser implementado não afasta a aplicação do artigo 101.º, n.º 1.

empresas envolvidas, muito embora tal não seja quantificado ou definido aprioristicamente pelo Tribunal. Assim, em *Völk*, o Tribunal responde diretamente à questão do tribunal nacional quanto à necessidade de considerar a quota de mercado da empresa fornecedora para determinar se um acordo não é abrangido pela proibição do n.º 1 do artigo 101.º, afastando a proibição “*tendo em conta a posição pouco relevante dos interessados no mercado dos produtos em causa na área que é objeto da proteção absoluta*”. Tal quota, recordemos, correspondia a uma parte do mercado definida pela Comissão entre 0,2% e 0,05%; mas o Tribunal nunca se refere concretamente à quota que entende preencher o conceito (por si aqui introduzido) de *posição pouco relevante*. Refira-se, por exemplo, que o Tribunal considera em *Miller*¹⁰¹⁵ que quotas de mercado entre 5% e 6% “*constituem uma parte não negligenciável do mercado*”¹⁰¹⁶. Todavia, e uma vez mais, será arriscado extrapolar daqui uma linha clara do que possa ser, ou não, significativo¹⁰¹⁷, uma vez que o Tribunal distingue expressamente a posição da *Miller* das empresas envolvidas nos processos *Société Technique Minière*, *Völk* ou *Cadillon*: “*a este respeito, é necessário concluir que, longe de ser comparável com as empresas em causa [nos citados processos] a Miller é uma empresa de dimensões suficientemente importantes para que o seu comportamento seja em princípio suscetível de afetar o comércio*”¹⁰¹⁸.

A posição do Tribunal, nos termos da jurisprudência descrita, quanto à necessidade de determinar se o impacto da prática na concorrência é significativo de modo a permitir a aplicação da proibição do n.º 1 é aplicável indistintamente a restrições da concorrência pelo objeto ou pelo efeito, impondo uma análise da posição das empresas envolvidas no mercado relevante de modo

¹⁰¹⁵ Acórdão *Miller*, já citado.

¹⁰¹⁶ Cf. Acórdão *Miller*, n.º 9.

¹⁰¹⁷ Como fazem, e.g., (FAULL et al., 2014, p. 244).

¹⁰¹⁸ Cf. Acórdão *Miller*, n.º 10. No mesmo parágrafo, o Tribunal reforça esta conclusão: “*no contexto da presente litígio, não é necessário tomar posição [quanto à posição da Miller no mercado alemão] porque é evidente que as vendas da Miller constituem uma parte não negligenciável do mercado e que ela se especializou na produção de determinados géneros distintos, em relação aos quais ocupa uma posição, senão forte, pelo menos importante no mercado*”.

a configurar se a mesma constitui, ou não, uma restrição da concorrência acima do limiar *de minimis*.

Todavia, já no final de 2012, no âmbito de um reenvio prejudicial da *cour de cassation* francesa, o Tribunal de Justiça proferiu uma decisão que, na sua aparência pelo menos, pôs em crise a jurisprudência consolidada desde *Völk*¹⁰¹⁹, no sentido de ser necessário um duplo teste de afetação sensível, a nível das trocas entre Estados-Membros e a nível da concorrência, para preenchimento das condições de aplicação do n.º 1.

A questão que se coloca neste reenvio, no essencial prende-se com a necessidade de saber se uma ANC (e por arrasto, a Comissão), após demonstrar que um determinado acordo constitui uma restrição da concorrência pelo objeto que afeta o comércio entre Estados-Membros, deve ainda apreciar a sensibilidade da restrição da concorrência.

A título de enquadramento preliminar, a questão que se coloca, em especial na apreciação do impacto potencial de restrições por objeto à luz da posição (aferida pelas suas quotas de mercado, embora não como critério exclusivo), das empresas no mercado, prende-se com a necessidade de identificar, com maior ou menor grau de rigor, o mercado relevante e a posição das empresas nesse mercado, seja em restrições da concorrência pelo efeito, como pelo objeto, uma vez que só uma posição não despicienda poderia ser adequada a, uma vez identificada uma conduta restritiva, a ter um impacto *significativo* na concorrência¹⁰²⁰.

¹⁰¹⁹ Acórdão *Expedia*, já citado. Sobre este aresto e as suas potenciais implicações ver, em especial, (KING, 2015b) e (ORTEGA GONZÁLEZ, 2013b), e em geral: (JONES & SUFRIN, 2014, p. 226 e ss.); (FAULL et al., 2014, p. 246 e ss.); (WHISH & BAILEY, 2015, p. 148).

¹⁰²⁰ Há que não confundir a jurisprudência do Tribunal de Justiça relativamente à sensibilidade da restrição com a posição assumida pela Comissão, no âmbito da política de concorrência da União, sobre essa mesma matéria. Com efeito, o Tribunal de Justiça não exclui da apreciação da sensibilidade qualquer tipo de restrição da concorrência, seja pelo seu efeito, seja pelo seu objeto, nem adjudica quanto ao grau de gravidade (sobre este ponto, ver ainda o Acórdão *Toshiba*, onde o Tribunal parece admitir, ainda assim, uma espécie de teste *quick look* para restrições cuja nocividade, à luz da experiência, seja evidente, mas sem conceder quanto ao teste da

Esta distinção coloca-se com especial pertinência nas restrições pelo objeto qualificadas a nível da política de concorrência como as restrições *mais graves*, como acordos de fixação de preços ou de partilha de mercado (os cartéis), onde se discutiria a necessidade de avaliar a posição das empresas no mercado e da significância do impacto da prática à luz dessa posição, mesmo num caso de cartel¹⁰²¹.

Quanto a nós, não encontramos na jurisprudência qualquer suporte que permita afirmar que uma qualquer restrição da concorrência não poderá beneficiar da exceção *de minimis* introduzida pelo Tribunal no Acórdão *Völk*,

sensibilidade, e o Acórdão *Pierre Fabre*, onde o Tribunal expressamente afasta a qualificação de certas práticas como *flagrantes* ou *caraterizadas* para efeitos de aplicação distinta dos princípios definidos para as restrições pelo objeto), ou quanto a um catálogo fechado de critérios indiciadores da sensibilidade da prática. Já a Comissão, nas várias orientações administrativas que foi emitindo na sequência do Acórdão *Völk*, foi procurando delinear e condicionar o modo de invocação do critério da sensibilidade da restrição, quer através de indicadores quantitativos claros (quotas de mercado), como pela exclusão do seu âmbito de aplicação das restrições qualificadas de *mais graves* ou *hardcore* (até à comunicação de 2001). Impõem-se, todavia, algumas considerações adicionais: pela sua exclusão do campo de aplicação das orientações da Comissão, tal não implica que as mesmas fossem consideradas ou presumidas como restringindo a concorrência de modo sensível, apenas que a Comissão as consideraria como tal (ou seja, embora vinculando a Comissão, o Tribunal não está vinculado pelas orientações da Comissão); por outro lado, tais exclusões – em especial no domínio das restrições ditas *hardcore* – terão uma dimensão essencialmente pedagógica ou orientadora, pois não conhecemos qualquer decisão da Comissão de proibição de uma prática ao abrigo do artigo 101.º, n.º 1 TFUE onde não fosse evidente algum impacto significativo, seja pela dimensão ou importância das empresas envolvidas (critério *Miller*), seja pelas suas quotas de mercado não insignificantes (critério *Völk*), seja pela estrutura do mercado em causa (e.g., *MasterCard*). Neste sentido, ver igualmente (JONES & SUFRIN, 2014, p. 228) e (FAULL et al., 2014, p. 247). Assumindo que as restrições por objeto constituem sempre uma restrição sensível da concorrência, desde que afetem as trocas entre os Estados-Membros (e, portanto, acolhendo positivamente a posição do Tribunal de Justiça em *Expedia*), ver (ORTEGA GONZÁLEZ, 2013a).

¹⁰²¹ Ver Acórdão do Tribunal Geral *Mannesmannröhren-Werke*, n.ºs 129-131: “no caso em apreço, a Comissão se baseou principalmente no objeto restritivo do acordo punido no artigo 1.º da decisão recorrida... A este propósito, as empresas que celebram um acordo que tem por objeto restringir a concorrência não podem, em princípio, eximir-se à aplicação do artigo 81.º, n.º 1, CE alegando que o acordo não iria ter uma incidência considerável na concorrência. Com efeito, uma vez que o acordo punido no artigo 1.º da decisão recorrida tinha por objeto a repartição dos mercados entre os membros do clube Europa-Japão, a sua existência só teria sentido se o seu objeto fosse a restrição da concorrência de forma apreciável, isto é, da forma comercialmente mais útil àqueles. Ora, a Comissão fez prova bastante de que esse acordo efetivamente existiu”.

mas esta é uma questão que a Comissão procurou sempre alterar, defendendo antes uma presunção de impacto significativo para a concorrência das restrições da concorrência pelo objeto que preencham o requisito da afetação do comércio entre Estados¹⁰²², mantendo uma incerta convivência com a jurisprudência *Völk* através de orientações genéricas que circunscreviam a plenitude das suas consequências; por outro lado, haverá que ter em conta, no confronto entre *Völk* e *Miller*, que mais do que garantir que o Tratado apenas proíbe comportamentos com um impacto significativo, o Tribunal curou apenas de afastar do seu campo de aplicação as restrições que, à luz da posição das empresas envolvidas, fossem manifestamente insignificantes, e independentemente do objeto em causa¹⁰²³; poder-se-ia suscitar, designadamente, se determinadas práticas restritivas da concorrência, pela sua gravidade e manifestação, mereceriam ser objeto da proibição, no caso de as empresas intervenientes deterem uma posição de mercado insignificante.

Neste caso, poderemos avançar com duas ordens de razão distintas: numa perspectiva puramente normativa, e perante práticas gravosas (pensamos em especial nas práticas de cartelização), poder-se-ia configurar a jurisprudência *de*

¹⁰²² Vejam-se, para este efeito, as observações da Comissão apresentadas em *Völk*: em primeiro lugar, a incompatibilidade do acordo com o mercado comum depende da constatação de que tal acordo tem por objetivo ou efeito falsear a concorrência e, em princípio, esse constitui precisamente o objetivo de um acordo de exclusividade que inclua uma cláusula de protecção territorial absoluta; em segundo lugar, para ser susceptível de afectar o comércio entre os Estados-Membros, é necessário que o acordo possa ameaçar a liberdade do comércio entre estes Estados, o que pressupõe que a alteração do comércio atinja uma amplitude considerável. Assim, será pela relação com a presumível afectação do comércio entre Estados que uma restrição pode ser considerada significativa, ou não. Em boa medida, tal parece ter sido o entendimento da Comissão sobre o Acórdão *Expedia*, que aproveitou para rever as Orientações *De Minimis* de modo a excluir do seu campo de aplicação das restrições por objeto que afetem o comércio entre Estados-Membros, em linha com a posição por si defendida perante o Tribunal de Justiça mais de quatro décadas antes. Ver, igualmente, para um resumo da querela (e assumindo uma posição muito próxima da defendida pela Comissão), (FAULL et al., 2014, p. 247).

¹⁰²³ Como concluía o Advogado-geral Gand nas conclusões apresentadas no processo *Völk* (p. 103): “*ora, qualquer que seja o seu verdadeiro objeto, o contrato celebrado entre um produtor que apenas possui uma quota ínfima do mercado não pode prejudicar a realização de um mercado internacional único; o carácter pouco relevante da posição ocupada pelo autor da concessão opõe-se a que este exerça qualquer influência importante no mercado. Uma visão realista leva-nos assim a pensar que o comércio entre Estados-Membros não pode ser ‘afectado’ por um acordo celebrado num contexto análogo*”.

minimis como determinando que acordos que tenham por objeto uma flagrante violação do princípio da autonomia empresarial terão, *sempre*, um impacto significativo na concorrência, e como tal, ultrapassam sempre o limiar da insignificância. Uma vez que *Völk*, recorde-se, tratava de uma restrição vertical, podemos questionar se o Tribunal teria chegado à mesma conclusão se confrontado com um acordo horizontal de fixação de preços¹⁰²⁴, ou se à luz da gravidade de restrições desta natureza, haveria que considerar, sempre, que se tratam de restrições sensíveis, não pela dimensão das empresas envolvidas, mas pela especial afetação dos objetivos prosseguidos pelo artigo 101.º, n.º 1, designadamente o processo concorrencial e a autonomia empresarial.

A jurisprudência nunca foi particularmente clara quanto a este ponto. Com efeito, o Tribunal Geral foi sempre muito claro em afastar argumentos de sensibilidade da restrição em processos de cartel ou de acordos horizontais de fixação de preços ou de repartição de mercados, mas em bom rigor, os processos na base dessa jurisprudência – decisões de proibição da Comissão – demonstram sempre que as empresas envolvidas têm uma dimensão que impediria, de qualquer modo, que a sua conduta no mercado pudesse ser qualificada de *insignificante*.

4. EXPANSÃO OU CONSOLIDAÇÃO? A JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA SOBRE O CONCEITO DE RESTRIÇÃO DA CONCORRÊNCIA PELO OBJETO PÓS-*T-MOBILE* E *ALLIANZ HUNGÁRIA*

No Acórdão *T-Mobile*, num reenvio prejudicial relativo à qualificação, para efeito do artigo 101.º, n.º 1, de uma troca de informações sobre condições comerciais futuras entre concorrentes, o Tribunal de Justiça considerou que *“para ter um objetivo anticoncorrencial, basta que a prática concertada seja suscetível de produzir efeitos negativos sobre a concorrência. Por outras palavras, a prática em causa apenas tem de ser concretamente apta, atendendo ao contexto*

¹⁰²⁴ Ver (BAILEY, 2012, p. 590 e ss.).

*jurídico e económico em que se insere, a impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado comum. A questão de saber se e em que medida esse efeito se verifica realmente só tem importância para calcular o montante das coimas e avaliar os direitos a indemnizações”*¹⁰²⁵.

No Acórdão *Pierre Fabre*, igualmente um reenvio prejudicial tendo por objeto a aplicação do artigo 101.º, n.º 1 a acordos de distribuição seletiva no sector dos cosméticos, num processo particular relevo para a aplicação de condições para o comércio *online*, o Tribunal de Justiça considerou, liminarmente, que *“relativamente a acordos que constituem um sistema de distribuição seletiva, o Tribunal de Justiça salientou que esses acordos influenciam necessariamente a concorrência no mercado comum. Na falta duma justificação objetiva, tais acordos são de considerar ‘restrições por objetivo’”*¹⁰²⁶.

No Acórdão *Allianz Hungária*, o Tribunal de Justiça retomou a fórmula do Acórdão *T-Mobile* (*“para ter um objetivo anticoncorrencial, basta que o acordo seja suscetível de produzir efeitos negativos sobre a concorrência, isto é, que seja concretamente apto a impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado interno”*¹⁰²⁷), para qualificar como restrições da concorrência pelo objeto determinados acordos que fixam o preço por hora a pagar pela seguradora a concessionários de automóveis que atuam como oficinas, para efeitos de reparação de veículos em caso de sinistros.

Estes arestos sinalizam, pelo menos na aparência, uma predisposição do Tribunal de Justiça em enquadrar no conceito de restrição da concorrência pelo objeto comportamentos que não se enquadram em qualquer noção de “restrições manifestas à concorrência como a fixação dos preços, a repartição do mercado ou o controlo das vendas”¹⁰²⁸; com efeito, em *T-Mobile*, o Tribunal

¹⁰²⁵ Cf. Acórdão *T-Mobile*, já citado, n.º 31.

¹⁰²⁶ Cf. Acórdão *Pierre Fabre*, já citado, n.º 39.

¹⁰²⁷ Cf. Acórdão *Allianz Hungária*, já citado, n.º 38.

¹⁰²⁸ Ver os Acórdãos do Tribunal Geral *Tréfilunion*, n.º 109, e *European Night Services*, n.º 136.

elabora sobre o intercâmbio de informações confidenciais entre concorrentes e a sua qualificação como restrições por objeto¹⁰²⁹; em *Pierre Fabre*, discute-se a compatibilidade de contratos de distribuição seletiva com o Direito europeu da concorrência, questão resolvida, pelo menos, desde *AEG-Telefunken*¹⁰³⁰, e em *Allianz Hungária* é considerada a legalidade dos incentivos acordados entre seguradoras e concessionários para fomentar a comercialização de apólices de seguros mediante o aumento das taxas de reparação.

Mas, em contrapartida, podemos também conciliar a posição assumida pelo Tribunal de Justiça em cada um destes processos com os princípios globalmente definidos na jurisprudência sobre o conceito de restrição da concorrência pelo objeto: em *T-Mobile*, menos do que subscrever uma posição formalista sobre a recondução abstrata de qualquer intercâmbio de informações entre concorrentes como uma restrição da concorrência pelo objeto, o Tribunal de Justiça teve em atenção o facto de esse intercâmbio respeitar à discussão e definição, entre concorrentes que representavam a totalidade de um determinado mercado, de elementos relevantes da sua estratégia comercial futura¹⁰³¹.

¹⁰²⁹ Ver (MEYRING, 2010) e a nossa anotação a este acórdão em (FERREIRA, 2010).

¹⁰³⁰ Cf. Acórdão *AEG-Telefunken*.

¹⁰³¹ Note-se que o Tribunal de Justiça descreve, nos factos do litígio principal, elementos relativos à posição de mercado de cada uma das cinco empresas que prestavam serviços de telecomunicações móveis no mercado holandês; à existência de uma reunião entre os representantes dessas cinco empresas no decurso da qual “*falou-se, entre outras coisas, da redução das remunerações standard dos revendedores relativas às assinaturas com pós-pagamento a partir de 1 de setembro de 2001 ou por volta desta data. Como decorre da decisão de reenvio, foram igualmente trocadas informações confidenciais entre os participantes durante a reunião*” (n.º 12). Por outro lado, sublinha também que “*as remunerações dos revendedores são elementos determinantes na fixação do preço que o consumidor final virá a pagar*” (n.º 37). Como nota (MEYRING, 2010, p. 31), embora criticando a falta de clareza do Tribunal neste ponto, o que está aqui em causa é uma discussão (não se trata sequer de uma comunicação unilateral de decisões predeterminadas, mas sim uma troca de informações sobre decisões a adotar no futuro), entre todos os operadores num mercado determinado, sobre a definição de elementos relevantes na sua política comercial que, não sendo muito embora uma discussão sobre preços ao consumidor, terá neles impacto.

O apelo ao contexto económico e jurídico específicos do caso em juízo permite concluir, com relativa razoabilidade, que o Tribunal de Justiça não adota, neste caso, uma análise estruturalmente distinta da que é perfilhada, por exemplo, em *John Deere*¹⁰³², onde se escrutina uma decisão da Comissão de proibição de um sistema de intercâmbio de informações com base em dados de matrículas envolvendo os principais produtores de tratores agrícolas no Reino Unido.

Tal como neste caso, a estrutura do mercado e o tipo de informações trocadas, bem como um juízo de adequação relativo à diminuição da transparência no contexto específico em que o comportamento se insere, são elementos tidos em conta pelo Tribunal na sua decisão.

Em *Pierre Fabre*, o Tribunal conclui que a imposição de uma obrigação aos distribuidores de venderem determinados produtos obrigatoriamente através de um espaço físico e na presença de um farmacêutico não era adequadamente justificada por qualquer objetivo legítimo, e, portanto, não conseguia ultrapassar a sua qualificação como restrição por objeto¹⁰³³.

Com efeito, o Tribunal de Justiça não escapa neste aresto a uma linha de argumentação que encontra as suas origens em *Société Technique Minière e Consten* e que é desenvolvida, no âmbito das restrições verticais contidas em acordos de distribuição seletiva, em *AEF-Telefunken* e *Metro I e II*: por um lado, a consideração do acordo no contexto jurídico e económico em que se insere, por outro lado, a avaliação da legitimidade da restrição à luz do *balanceamento* com

¹⁰³² Acórdão *John Deere*, já citado.

¹⁰³³ Em particular no que respeita à jurisprudência do Tribunal de Justiça sobre acordos de distribuição seletiva convirá recordar o Acórdão *AEF-Telefunken*, mas também o Acórdão *Metro I*, e o Acórdão do Tribunal de Justiça de 22.10.1986, *Metro SB c. Comissão*, 75/84, EU:C:1986:399, adiante “Acórdão *Metro II*”. Nestes arestos, o Tribunal de Justiça determinou que, *em princípio*, um sistema de distribuição seletiva constitui uma restrição da concorrência, designadamente pelo seu impacto no plano dos preços, mas “*que esta limitação é contrabalançada por uma concorrência em relação à qualidade das prestações fornecidas aos clientes que não seria normalmente possível na ausência de uma margem de lucro adequada que permitisse suportar os custos mais elevados derivados destas prestações*” (cf. Acórdão *Metro II*, n.º 45).

outros fatores de concorrência que serão promovidos pela sua introdução, e que no caso, por determinarem a proibição absoluta de vendas através da internet, não foram demonstrados. Em bom rigor, o Tribunal acaba também por acautelar preocupações relativas à integração dos mercados e ao afastamento de restrições que, direta ou indiretamente, tenham impacto na interpenetração económica, designadamente através do comércio paralelo¹⁰³⁴, inserindo assim as suas conclusões num quadro metodológico de análise definido originalmente em *Consten*¹⁰³⁵.

A posição do Tribunal em *Allianz Hungária* suscita também algumas perplexidades à luz da complexidade dos factos em análise, que nos afasta da relativa simplicidade do catálogo de restrições óbvias da concorrência referido pelo Tribunal Geral em *Tréfilunion* ou *European Night Services*.

No essencial, este caso questiona a licitude de um complexo conjunto de acordos envolvendo, em diferentes níveis, duas companhias de seguros, uma série de concessionários do sector automóvel e a associação nacional representativa desses concessionários. Nas suas relações com as seguradoras, os concessionários intervêm numa dupla qualidade: como intermediários ou corretores de seguros, no momento da subscrição do contrato de seguro automóvel com os seus clientes; como oficinas de reparação, no momento em que procedem à reparação de veículos cobertos por tais apólices de seguros, e que cobram as reparações às companhias de seguros em função, designadamente, dos seguros previamente subscritos por conta destas.

¹⁰³⁴ Assim, na apreciação da proporcionalidade da proibição absoluta das vendas *online*, o Tribunal de Justiça apresenta como argumento adicional o facto de não ter acolhido “à luz das liberdades de circulação, os argumentos relativos à necessidade de dar um conselho personalizado ao cliente e de assegurar a sua protecção contra uma utilização incorrecta de produtos, no âmbito da venda de medicamentos que não estão sujeitos a prescrição médica e de lentes de contacto, para justificar uma proibição de venda pela Internet” (cf. n.º 44).

¹⁰³⁵ Neste sentido, ver (IBAÑES COLOMO, 2016).

Alguns elementos de facto adicionais permitem compreender melhor o contexto em que se inserem este “complexo emaranhado de acordos”¹⁰³⁶: as condições de reparação e os preços a pagar por tais serviços são definidos anualmente entre as seguradoras e as oficinas; desde 2002, muitos concessionários solicitaram à sua associação representativa que negociasse, em seu nome, acordos-quadro relativos aos referidos preços; uma das seguradoras negociou tais acordos-quadro, posteriormente, acordos individuais com as oficinas, com base nos acordos-quadro, definindo uma remuneração superior sempre que alcançassem uma determinada percentagem de seguros daquela seguradora no total de seguros automóveis vendidos pelo concessionário em causa; a outra seguradora, embora não tivesse celebrado um acordo-quadro com a associação, nem acordasse individualmente condições de remuneração das reparações ligadas aos contratos de seguro comercializados, aplicaria na prática incentivos comerciais idênticos.

A apreciação do Tribunal do pedido prejudicial é, a todos os títulos, notável pela extrema cautela com que aborda as questões o que, acrescido da especificidade factual concreta, não permite retirar deste acórdão conclusões que infirmem a jurisprudência tradicional relativa ao conceito de restrição da concorrência pelo objeto.

A conclusão do Tribunal no n.º 51 deste aresto ¹⁰³⁷, apenas é compreensível se considerarmos as “questões precedentes” de que o Tribunal

¹⁰³⁶ Como refere o Advogado-geral Villalón nas suas conclusões de 25.10.2012 (EU:C:2012:663), n.º 58. A descrição dos factos relevantes levados ao conhecimento do Tribunal de Justiça é apoiada nas conclusões do Advogado-geral.

¹⁰³⁷ Cf. Acórdão *Allianz Hungária*, n.º 51: “Atendendo ao conjunto das considerações precedentes, importa responder à questão submetida que o artigo 101.º, n.º 1, TFUE deve ser interpretado no sentido de que os acordos através dos quais sociedades de seguro automóvel acordam bilateralmente, quer com concessionários de automóveis que atuam como oficinas de reparação quer com uma associação que os representa, o preço por hora a pagar pela seguradora para a reparação de veículos por si segurados, prevendo que esse preço depende, entre outros, do número e da percentagem de contratos de seguro que o concessionário tiver angariado como intermediário dessa seguradora, podem ser considerados uma restrição da concorrência «em razão do seu objetivo» na aceção daquela disposição, se, na sequência de uma análise individual e concreta do teor e do objetivo desses acordos assim como do contexto económico e jurídico no qual se inserem,

faz depender a verificação, no caso concreto, de uma restrição da concorrência pelo objeto, designadamente, se *“a criação de tal nexó entre duas atividades em princípio independentes não signifique automaticamente que o acordo em causa tem por objetivo restringir a concorrência, não deixa de ser verdade que pode constituir um elemento importante para apreciar se esse acordo é por natureza prejudicial ao bom funcionamento do jogo normal da concorrência, sendo esse o caso, concretamente, se a independência das referidas atividades for necessária para esse funcionamento”*¹⁰³⁸, e se existem, ou não, indícios relativos à existência de uma concertação entre as duas seguradoras¹⁰³⁹.

Finalmente, caberá ainda ao órgão jurisdicional de reenvio apreciar o contexto económico e jurídico em que tal “emaranhado” de acordos se insere: (i) *“o papel atribuído pelo direito nacional aos concessionários que atuam como intermediários ou mediadores de seguros requerer a independência destes últimos em relação às seguradoras. A este respeito, aquele governo sublinha que esses concessionários atuam não em nome de uma seguradora, mas do tomador do seguro, e têm por missão propor-lhe o seguro que melhor lhe convém entre a oferta de várias seguradoras. Compete ao órgão jurisdicional de reenvio verificar se, nestas condições e tendo em conta as expectativas dos referidos tomadores, o bom funcionamento do mercado dos seguros automóveis pode ser perturbado de forma significativa pelos acordos em causa no processo principal.”*¹⁰⁴⁰; (ii) *“esses acordos*

se verificar que os mesmos são, pela sua própria natureza, prejudiciais ao bom funcionamento do jogo normal da concorrência num dos dois mercados em causa.”.

¹⁰³⁸ Cf. Acórdão *Allianz Hungária*, n.º 41.

¹⁰³⁹ No n.º 45, o Tribunal avança no seguinte cenário: *“É pacífico que, se existisse entre estas duas sociedades um acordo horizontal ou uma prática concertada destinada a repartir o mercado, tal acordo ou tal prática deveria qualificar-se de restrição em razão do seu objetivo e acarretaria igualmente a ilegalidade dos acordos verticais celebrados para executar esse acordo ou essa prática. Todavia, a Allianz e a Generali negam ter celebrado qualquer acordo ou ter atuado de forma concertada e sustentam que a decisão controvertida concluiu pela inexistência de um acordo ou de uma prática desse tipo. Compete ao órgão jurisdicional de reenvio verificar a exatidão dessas alegações e, na medida em que o direito nacional lho permita, apreciar se existem provas suficientes para demonstrar a existência de um acordo ou de uma prática concertada entre a Allianz e a Generali”.*

¹⁰⁴⁰ Cf. Acórdão *Allianz Hungária*, n.º 47.

poderão igualmente constituir uma restrição da concorrência em razão do seu objetivo caso o órgão jurisdicional de reenvio conclua que é provável que, atendendo ao contexto económico, a concorrência no referido mercado seja eliminada ou gravemente enfraquecida na sequência da celebração dos referidos acordos. A fim de avaliar o risco de tal consequência, o referido órgão jurisdicional deverá, designadamente, ter em consideração a estrutura desse mercado, a existência de canais de distribuição alternativos e a sua importância respetiva, bem como o poder de mercado das seguradoras em causa.”¹⁰⁴¹; (iii) “Por último, quanto à apreciação do objetivo dos acordos em causa no processo principal em relação ao mercado dos serviços de reparação de veículos, importa ter em conta o facto de que esses acordos foram celebrados com base em «preços recomendados» estabelecidos nas três decisões tomadas pela GÉMOSZ durante o período compreendido entre 2003 e 2005. Neste contexto, caberá ao órgão jurisdicional de reenvio determinar a natureza e o alcance exato dessas decisões (...) Caso esse órgão jurisdicional conclua que as decisões tomadas pela GÉMOSZ durante o referido período tinham efetivamente por objetivo restringir a concorrência, uniformizando os preços por hora para a reparação dos veículos, e que, mediante os acordos controvertidos, as seguradoras ratificaram voluntariamente tais decisões, o que pode ser presumido no caso de a seguradora ter celebrado um acordo diretamente com a GÉMOSZ, a ilegalidade das referidas decisões viciaria os referidos acordos, os quais, portanto, devem também ser considerados uma restrição da concorrência em razão do seu objetivo”¹⁰⁴².

Não se trata aqui, em bom rigor, de uma análise de efeitos que implique a determinação do impacto de uma determinada conduta no mercado ou no jogo da concorrência, nem uma confusão das fronteiras entre o conceito de restrição da concorrência pelo objeto e pelo efeito, como sustentam a generalidade dos autores que comentaram este acórdão¹⁰⁴³.

¹⁰⁴¹ Cf. Acórdão *Allianz Hungária*, n.º 48.

¹⁰⁴² Cf. Acórdão *Allianz Hungária*, n.ºs 49-50.

¹⁰⁴³ Ver (GRAHAM, 2013a); (NAGY, 2013, 2015).

Em nossa opinião, trata-se essencialmente de recordar – em termos que admitimos, uma vez mais, serem particularmente cautelosos, à luz da complexidade dos factos trazidos à apreciação do Tribunal – ao órgão jurisdicional de reenvio que a jurisprudência do Tribunal não admite a qualificação automática de uma conduta como uma restrição objetiva da concorrência, nem o seu afastamento pelo facto de não ser óbvia. Há que atender ao contexto jurídico e económico em que a mesma se insere como etapa necessariamente prévia a qualquer uma dessas conclusões, e essa análise não se deve confundir com uma análise de efeitos.

Por isso, não consideramos que a posição assumida pelo Tribunal de Justiça em *Groupement des Cartes Bancaires* (adotada posteriormente ao Acórdão *Allianz Hungária*), possa ser considerada um retrocesso ou uma correção do percurso definido nos arestos anteriores.

Em nossa opinião, o Tribunal de Justiça, perante a acusação, doutrinária e não só¹⁰⁴⁴ – e quando a nós, infundada – de que a sua anterior jurisprudência arriscava, por um lado, o alargamento do conceito de restrição da concorrência pelo objeto a qualquer comportamento potencialmente restritivo, e por outro lado, a diluição dos limites da distinção entre o objeto e o efeito restritivo, entendeu, num caso de aplicação do artigo 101.º, n.º 1 pela Comissão, e na sequência de um acórdão do Tribunal Geral de onde resultava evidente um efetivo alargamento do conceito de restrição da concorrência pelo objeto a práticas que, nas circunstâncias concretas em que se verificavam, não revelavam um grau suficiente de nocividade, recordar com clareza as condições que entende serem necessárias para a determinação de uma restrição da concorrência pelo objeto.

¹⁰⁴⁴ A crítica velada do Advogado-geral Nils Wahl a este aresto, exposta nas suas conclusões de 27.3.2014 no processo *Groupement des Cartes Bancaires* (EU:C:2014:1958), n.ºs 50 e 51, merece acolhimento apenas no sentido de se poder retirar da exposição cautelosa das condições que o Tribunal de Justiça entende ser necessário verificar no caso concreto exposto em *Allianz Hungária* para concluir pela existência de uma restrição da concorrência pelo objeto, uma análise de efeitos, mas apenas – quanto a nós – se essa exposição for lida de modo isolado dos elementos precedentes que referimos anteriormente, e que informam a posição do Tribunal a esse respeito.

Com efeito, o Tribunal de Justiça procura um difícil equilíbrio entre a adequação da resposta à questão que lhe é colocada no caso concreto e a certeza que as suas posições serão lidas e interpretadas à luz de princípios jurídicos estruturantes do Direito europeu da concorrência, criados e densificados pelo próprio Tribunal ao longo de décadas. Impõe-se, portanto, a análise e compreensão das posições assumidas individualmente pelo Tribunal no contexto global da sua jurisprudência, e de um feixe de posições concordantes e uniformes, retirar as conclusões normativas, gerais, adequadas a formar uma conclusão.

É assim, por entendermos que o Tribunal de Justiça verificou que as considerações proferidas nos acórdãos anteriores, retiradas do contexto factual específico em que foram proferidos, e no âmbito de processos de reenvio prejudicial¹⁰⁴⁵, eram de molde a justificar uma linha de interpretação do conceito de restrição da concorrência pelo objeto mais expansiva, que devemos entender a posição assumida em *Groupement des Cartes Bancaires*: não como reconhecimento de um erro, mas como recordatório das margens definidas pela jurisprudência do Tribunal para a qualificação de uma restrição por objeto.

Com efeito, tanto no Acórdão *T-Mobile* como no Acórdão *GlaxoSmithKline*, o Tribunal de Justiça apela ao *grau suficiente de nocividade* que qualifica uma restrição da concorrência pelo objeto¹⁰⁴⁶, mas o Tribunal Geral – não obstante

¹⁰⁴⁵ Onde o Tribunal de Justiça é condicionado pela questão do órgão jurisdicional de reenvio e pelos factos, nos termos em que são referenciados por aquele.

¹⁰⁴⁶ Cf. Acórdão *T-Mobile*, n.º 28: “Relativamente à delimitação entre as práticas concertadas que têm um objetivo anticoncorrencial e as que têm um efeito anticoncorrencial, há que recordar que o objetivo e o efeito anticoncorrencial não são requisitos cumulativos, mas alternativos, para verificar se uma prática é abrangida pela proibição enunciada no artigo 81.º, n.º 1, CE. Segundo jurisprudência constante desde o acórdão de 30 de Junho de 1966, LTM (56/65, Colect. 1965-1968, pp. 381, 387 e 388), o carácter alternativo deste requisito, indicado pela conjunção «ou», conduz, antes de mais, à necessidade de considerar o objetivo da própria prática concertada, tendo em conta o contexto económico no qual se integra. Porém, se a análise do objetivo da prática concertada não revelar um grau suficiente de nocividade em relação à concorrência, há que examinar então os seus efeitos e, para que a mesma possa ser objeto da proibição, exigir a reunião dos factores que determinam que a concorrência foi de facto impedida, restringida ou falseada de forma apreciável (v., neste sentido, acórdão *Beef Industry Development Society e Barry Brothers*, já

estribar-se em tais arestos em suporte das suas próprias conclusões – vem diluir essa especial qualificação da restrição da concorrência pelo objeto, ao concluir que “*basta que o acordo ou a decisão de associação de empresas possa produzir efeitos negativos na concorrência. Por outras palavras, esse acordo ou decisão devem ser simplesmente adequadas, atendendo ao contexto jurídico e económico em que se inserem, a impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado comum*”¹⁰⁴⁷.

É pois interessante verificar que no Acórdão *Groupement des Cartes Bancaires* o Tribunal de Justiça recorre expressamente aos Acórdãos *T-Mobile* e *Allianz Hungaria* como precedentes relevantes, juntamente com o Acórdão *Société Technique Minière*, sinalizando claramente não enjeitar nenhum dos seus arestos anteriores, pelo contrário, indicando claramente que o Acórdão *Allianz Hungaria* foi proferido na mesma linha jurisprudencial definida em 1966 com o Acórdão *Société Technique Minière*¹⁰⁴⁸, nos termos da qual determinadas formas de coordenação empresarial revelam um *grau suficiente de nocividade* para a concorrência para que se possa concluir não ser necessário examinar os seus efeitos, como, ao citar as passagens do acórdão do Tribunal Geral onde a primeira instância recorria aos Acórdãos *T-Mobile* e *GlaxoSmithKline* para fundamentar a sua definição de restrição da concorrência pelo objeto¹⁰⁴⁹, o

referido, n.º 15).”. Ver, também, Acórdão *GlaxoSmithKline*, n.º 55: “*Em primeiro lugar, deve notar-se que o objetivo e o efeito anticoncorrenciais do acordo são condições não cumulativas, mas alternativas, para apreciar se esse acordo é abrangido pela proibição enunciada no artigo 81.º, n.º 1, CE. Ora, segundo jurisprudência constante desde o acórdão de 30 de Junho de 1966, LTM (56/65, Recueil, p. 337; Colect. 1965-1968, p. 381), o carácter alternativo desta condição, marcado pela conjunção «ou», leva à necessidade de considerar em primeiro lugar o próprio objetivo do acordo, tendo em conta o contexto económico em que o mesmo deve ser aplicado. Todavia, no caso de a análise do teor do acordo não revelar um grau suficiente de nocividade relativamente à concorrência, devem então examinar-se os seus efeitos e, para lhe impor a proibição, exigir que estejam reunidos elementos que provem que o jogo da concorrência foi efetivamente impedido ou restringido ou falseado de modo sensível. Resulta também da jurisprudência que não é necessário examinar os efeitos do acordo a partir do momento em que o objetivo anticoncorrencial do mesmo esteja provado (v., neste sentido, acórdão de 4 de Junho de 2009, T-Mobile Netherlands e o., C-8/08, ainda não publicado na Colectânea, n.ºs 28 e 30).*”.

¹⁰⁴⁷ Cf. Acórdão do Tribunal Geral *Groupement des Cartes Bancaires*, n.º 125.

¹⁰⁴⁸ Cf. Acórdão *Groupement des Cartes Bancaires*, n.ºs 49-50 e 52.

¹⁰⁴⁹ Cf. Acórdão *Groupement des Cartes Bancaires*, n.º 55.

Tribunal de Justiça chama a atenção para necessidade de interpretar tais arestos no contexto da definição de princípios gerais em que se insere tal jurisprudência, e que, finalmente, foi a omissão desse exercício pelo Tribunal Geral que conduziu a um erro de qualificação da restrição em causa.

CONCLUSÃO: RESTRIÇÕES DA CONCORRÊNCIA PELO OBJETO NA IDADE MODERNA DO DIREITO EUROPEU DA CONCORRÊNCIA

Na I Parte da nossa tese passámos em revista o processo e significado da “modernização” do Direito europeu da concorrência, em particular no seu impacto na aplicação das normas do Tratado pela Comissão, tendo sublinhado a existência de uma divergência da abordagem mais económica nas diversas vertentes de aplicação do Direito europeu da concorrência entre, por um lado, os meios utilizados e, por outro, os objetivos prosseguidos.

Em especial, a invocação de uma abordagem mais económica na aplicação do artigo 101.º do Tratado, assente numa perspetiva analítica substantiva e não formal, suportando e legitimando a aplicação da regras através da identificação dos impactos económicos de acordos que consubstanciem restrições da concorrência, encontra os seus limites a dois níveis: em primeiro lugar, no que aos objetivos do Direito da concorrência importa, pela manutenção do objetivo da integração económica como propósito dos Tratados, que impede – pelo menos, se levado às suas últimas consequências – a designação da eficiência económica como *razão última* das normas de defesa da concorrência; em segundo lugar, pela própria estrutura formal da norma de proibição de acordos restritivos da concorrência, que assenta na distinção entre os acordos cujo objeto seja a restrição da concorrência daqueles que apenas (ou também) têm esse efeito, de acordo com a interpretação resultante da jurisprudência consolidada do Tribunal de Justiça desde o seminal Acórdão *Société Technique Minière*, de 1966.

A distinção entre estes dois tipos de restrição tem sido qualificada pelo Tribunal de Justiça como radicando na conjunção “ou”: o carácter alternativo da distinção leva à necessidade de considerar em primeiro lugar o objeto do acordo¹⁰⁵⁰, o que impõe a análise do teor do acordo no contexto económico e

¹⁰⁵⁰ Segundo jurisprudência constante desde o Acórdão *Société Technique Minière*. Mais recentemente neste sentido, ver o Acórdão *ING Pensii*, n.º 30, e o Acórdão *Toshiba*, n.º 24.

jurídico em que se insere e só se dessa análise não for revelado um grau suficiente de nocividade relativamente à concorrência, deverá então proceder-se à análise dos seus efeitos¹⁰⁵¹.

Tal formulação impede, pois, que sejam alvo da proibição apenas os acordos que tenham efetivamente um impacto negativo na concorrência, abrangendo também no seu âmbito de aplicação quaisquer formas de coordenação empresarial que tenham por objeto tal restrição, independentemente da verificação de qualquer efeito negativo na concorrência.

A natureza e os limites desta distinção não são claros, e várias têm sido as tentativas de trazer nova luz e conteúdo à mesma.

Enquanto que, para alguns autores, a formulação tradicional da distinção objeto/efeito deveria ser abandonada à luz da abordagem mais económica imposta pela modernização¹⁰⁵², outros autores, reconhecendo que essa distinção já não faz sentido atualmente – pelo menos, com a introdução do Regulamento 1/2003 e o fim do sistema de notificação prévia de acordos –, admitem que enquanto o Tribunal de Justiça a mantiver continuará a ser parte do Direito da União¹⁰⁵³. Mas, contestando-a à luz da necessidade de sujeitar o juízo de proibição a argumentos económicos válidos, procuram delimitá-la em torno de uma classificação de comportamentos que, pelo seu manifesto impacto negativo, devem constituir restrições da concorrência pelo objeto¹⁰⁵⁴.

¹⁰⁵¹ Assim, a partir do momento em que o objetivo anticoncorrencial de um acordo está provado, a demonstração de efeitos não é necessária. Ver neste sentido, o Acórdão *T-Mobile*, já citado, n.ºs 28 a 30 e o Acórdão *GlaxoSmithKline*, n.º 55. Em contrapartida, se a análise de um qualquer tipo de coordenação entre empresas não revelar um grau suficiente de nocividade para a concorrência, haverá que proceder a uma análise de efeitos, e a coordenação em causa não poderá ser considerada como restringindo, pelo seu próprio objeto, a concorrência. Neste sentido, ver o Acórdão *Groupeement des Cartes Bancaires*, n.º 52, e o Acórdão *Allianz Hungária*, n.º 34.

¹⁰⁵² Neste sentido, por exemplo (GERARD, 2012).

¹⁰⁵³ Assim, (WHISH & BAILEY, 2015, p. 123).

¹⁰⁵⁴ Surgindo assim a imagem da “object box”, proposta por Richard Whish no seu manual de referência *“Competition Law”*, essencialmente uma listagem de restrições da concorrência

Neste ponto, a abordagem mais económica, procurando ainda legitimar a aplicação das regras pelos impactos destas condutas no funcionamento do mercado e na perturbação das condições de afetação de recursos e concomitante diminuição do bem-estar, não pode todavia ser levada a uma situação em que a distinção objeto/efeito deixe de fazer sentido, tanto por que tal distinção permanece no texto do Tratado e porque, de outro modo, as condições de identificação e de aplicação dessa norma confundir-se-iam.

Chegados aqui, impõe-se a determinação do que deva ser considerado uma restrição da concorrência pelo objeto.

De modo particularmente ilustrativo, o Juiz Vesterdorf¹⁰⁵⁵, primeiro, e mais recentemente, as Advogadas-Gerais Trstenjak e Kokott¹⁰⁵⁶, representam a proibição das infrações da concorrência pelo objeto como análoga à punição das infrações de perigo abstrato, particularmente comuns nas infrações rodoviárias,

utilizada como instrumento pedagógico e de orientação para os estudantes de Direito europeu da concorrência relativamente às condutas que têm sido classificadas, na prática decisória da Comissão e na jurisprudência do Tribunal de Justiça, como restrições da concorrência pelo objeto (WHISH & BAILEY, 2015, p. 125). Whish é claro ao defender que as restrições da concorrência pelo objeto devem ser apenas aquelas que representam um manifesto impacto negativo na concorrência, contestando por isso manifestações do que entende ser a expansão do conceito em virtude de algumas tomadas de posição do Tribunal de Justiça em arestos como *BIDS*, *T-Mobile* ou *Allianz Hungária*; o conceito de “object box”, enquanto lista tendencialmente fechada de restrições da concorrência pelo objeto, servindo aquele propósito pedagógico e com os limites que o seu autor lhe reconhece (não constituir uma presunção de ilegalidade, não afastar a aplicação potencial do artigo 101.º, n.º 3 no caso concreto, não impedir que o Tribunal possa, em casos individuais, concluir que um acordo previsivelmente enquadrável na listagem não constitui, afinal, uma restrição da concorrência), tem vindo a ganhar alguma notoriedade na discussão jurídica em torno da distinção objeto/efeito. O Advogado-geral Wathelet, por exemplo, nas suas conclusões de 25.6.2015, no processo *Toshiba* (EU:C:2015:427), n.º 73, recorre a este conceito para identificar a enumeração de condutas restritivas no artigo 101.º, n.º 1 como o *núcleo duro* das restrições da concorrência pelo objeto.

¹⁰⁵⁵ Ver as conclusões do Juiz Bo Vesterdorf no processo *propileno*, já citadas, p. II-945: “o artigo 85.º comporta, por um lado, uma infração de perigo abstrato, ou seja, um acordo com objetivo ilícito, e duas infrações materiais, isto é, os acordos e as práticas concertadas e os efeitos que produzem”.

¹⁰⁵⁶ Ver as conclusões da Advogada-geral Veronica Trstenjak, de 4.9.2008 no processo *BIDS* (EU:C:2008:467), n.º 46, e as conclusões da Advogada-geral Juliane Kokott de 19.2.2009 no processo *T-Mobile* (EU:C:2009:110), n.º 47.

como a condução em excesso de velocidade ou sob a influência do álcool, puníveis independentemente de alguém (para além, naturalmente, do próprio condutor e respetivos passageiros), ser posto em risco, ou de algum dano ser efetivamente causado.

A aplicação do artigo 101.º numa perspetiva mais económica, assente numa pré-consideração do que possam ser consideradas as restrições da concorrência mais graves ou irredimíveis, de acordo com a experiência e os ensinamentos da ciência económica, ou seja, aquelas condutas que, normalmente, não produzem impactos positivos na concorrência que compensem suficientemente os seus impactos negativos, retirará da distinção entre restrições da concorrência pelo objeto e pelo efeito um sentido útil muito próximo ao que resulta, no Direito *antitrust* nos Estados Unidos da América, entre as acordos proibidos *per se* e aqueles cuja proibição depende de uma avaliação da sua admissibilidade à luz da *rule of reason*.

Caberia então, à proibição das restrições pelo objeto, um papel semelhante ao da proibição *per se*: independentemente de se verificar um efeito no mercado decorrente do acordo, o facto de o mesmo preencher um conjunto de características determina a sua proibição automática. A esta categoria caberia ainda um papel normativo, uma vez que preencheria um importante papel no funcionamento eficiente deste sistema normativo: o de identificar comportamentos que, em qualquer caso, por opção legislativa assente numa determinada preconceção sobre os comportamentos empresariais admissíveis numa economia assente num conceito de mercado livre, serão considerados proibidos.

À proibição das restrições pelo efeito caberia abranger todas as demais condutas cuja proibição dependeria de uma avaliação e determinação concreta dos impactos negativos na concorrência. Tais condutas não seriam proibidas genericamente, uma vez que a determinação do seu impacto dependeria, de qualquer modo, das circunstâncias concretas de cada caso. A abordagem mais económica ao artigo 101.º determinaria, portanto, a identificação de um conjunto

restrito de comportamentos claramente identificáveis e que seriam sempre proibidos *per se*, obrigando a uma avaliação individual dos impactos negativos de quaisquer condutas que, não sendo abrangidas por tal classificação restrita, seriam por isso apenas alvo de proibição no caso de se verificarem efeitos negativos concretos¹⁰⁵⁷.

Em boa medida, e como referimos anteriormente, esta abordagem mais económica subjaz como elemento crítico da avaliação da aplicação das regras de defesa da concorrência na União pela Comissão, em especial a partir do final da década de 1980 e durante a década de 1990.

Com efeito, a noção de restrição da concorrência eminentemente legalista ou formal, apoiada numa conceção processualista ou estrutural de defesa da concorrência¹⁰⁵⁸, conduziu a uma aplicação rígida das regras, implicando uma proibição de qualquer acordo que implicasse uma limitação da liberdade contratual das partes, e a avaliação dos impactos potencialmente positivos apenas ao abrigo da aplicação eventual das condições de isenção individual; e está também na base do que viria a ser a revisão substancial das regras aplicáveis aos contratos de natureza vertical, lançada a partir da publicação, em 1997, do Livro Verde sobre restrições verticais, que adotaria o repto da modernização do Direito europeu da concorrência que culminaria, pelo menos a título formal, com a adoção do Regulamento 1/2003, dito *regulamento de modernização*.

¹⁰⁵⁷ O obstáculo principal à compatibilidade desta possibilidade – ultrapassado o sistema de notificação e exceção legal do Regulamento 17/62 – permanece na própria estrutura do artigo 101.º, com uma clara distinção entre a norma de proibição (no n.º 1) e a verificação das condições de isenção individual (no n.º 3). Tal possibilidade imporia, como sugeriam (WHISH & SUFFRIN, 1987), uma aplicação simultânea (ou combinada) do n.º 1 e do n.º 3.

¹⁰⁵⁸ Ou seja, pela conjunção das preocupações da escola de Friburgo com os limites desnecessários à liberdade competitiva das empresas, com a percepção de que a garantia do processo concorrencial, traduzido como rivalidade entre as empresas, seria o melhor estímulo para a atividade económica e para a melhor afetação de recursos. Assim, em 1985, no seu XV Relatório de Política de Concorrência, a Comissão Europeia considerava que a concorrência “*preserva a liberdade e o direito de iniciativa do operador económico individual e desenvolve o espírito de empresa*”, p. 11.

No que respeita às restrições horizontais, todavia, a questão colocou-se de modo distinto: os argumentos de eficiência que, em boa medida, subjazem à revisão das orientações comunitárias sobre as restrições verticais não se colocam com a mesma relevância. Por outro lado, os riscos de impactos negativos para a concorrência em resultado da cooperação entre concorrentes são genericamente reconhecidos pela ciência económica¹⁰⁵⁹, e estão na origem da própria adoção das regras de defesa da concorrência¹⁰⁶⁰. E se é certo que tais vantagens poderão efetivamente verificar-se na cooperação horizontal, em relação a este tipo de acordos a própria Comissão procurou reservar uma maior margem de atuação¹⁰⁶¹. E aqui, a importância do conceito de restrição da concorrência pelo objeto como instrumento de política de concorrência ganha maior premência¹⁰⁶².

Como referiu a Advogada-geral Julianne Kokott nas suas conclusões apresentadas ao Tribunal de Justiça no processo *T-Mobile*, *“a proibição de práticas concertadas apenas pelo seu objetivo anticoncorrencial justifica-se pelo facto de certas formas de colusão de empresas poderem ser consideradas, pela sua própria natureza, prejudiciais para o funcionamento normal da concorrência. Proibir em si mesmas tais formas de práticas concertadas reconhecidamente*

¹⁰⁵⁹ Ver, e.g., (KAPLOW, 2013, p. 217 e ss.). Como observa (BAILEY, 2012, p. 563), *“when competitors agree to limit production, they do so to raise the market price to the agreed level; virtually all economists agree that cartelists will rationally choose a level of output that achieves the monopoly price. This widespread economic consensus about the adverse consequences of sales quotas explains why they are internationally condemned and why EU law does not require restrictive effects to be established each time such a measure is found to exist. The harm can be presumed in cases where it is plausible to presume that a practice will be harmful and the costs of deterring beneficial conduct will be negligible”*.

¹⁰⁶⁰ Recordemos que uma das primeiras questões colocadas perante o Tribunal de Justiça a propósito do âmbito de aplicação do artigo 101.º, n.º 1 consistia em determinar se o mesmo seria aplicável apenas aos acordos de natureza horizontal, ou *também* aos acordos verticais. O Acórdão *Consten* (de 1966) deixaria clara essa aplicação.

¹⁰⁶¹ Note-se que ao contrário das restrições verticais, que beneficiam de um regulamento de isenção por categoria aplicável à generalidade dos acordos verticais, os acordos de cooperação horizontal são alvo apenas, de uma comunicação contendo orientações gerais, e de regulamentos de isenção por categoria para apenas três categorias de acordos de cooperação: acordos de especialização, acordos de investigação e desenvolvimento e acordos de compra conjunta.

¹⁰⁶² Ver (FAULL et al., 2014, p. 237).

*antissociais (a chamada proibição de «per se») cria segurança jurídica e permite a todos os operadores do mercado conformarem a sua atuação no mercado a tal proibição. Além disso, são significativamente poupados os recursos das autoridades da concorrência e dos tribunais.”*¹⁰⁶³.

Cabendo aos tribunais – em especial, no quadro do Direito da União, ao Tribunal de Justiça – a palavra final na qualificação de uma determinada conduta empresarial como restrição da concorrência pelo objeto, esta questão não é desprovida de importância.

Uma decisão de proibição da Comissão Europeia – ou de qualquer ANC em aplicação do artigo 101.º, n.º 1 –, com base na qualificação do comportamento empresarial concreto como tendo um objeto restritivo coloca as empresas visadas numa situação processualmente distinta da que resultaria da imputação de uma prática restritiva pelo efeito: naquela, verificada uma prática relativamente à qual se presume com um grau de probabilidade elevado que terá um impacto negativo na concorrência¹⁰⁶⁴, impõe-se à empresa visada o ónus de alegação e demonstração de eventuais efeitos pró-competitivos que compensem os impactos presumidos inerentes à qualificação da restrição da concorrência pelo objeto ou, em contrapartida, questionar a determinação dos critérios que subjazem à identificação de uma restrição da concorrência pelo objeto¹⁰⁶⁵; nesta,

¹⁰⁶³ Ver as conclusões da Advogada-geral Juliane Kokott no processo *T-Mobile*, n.º 43.

¹⁰⁶⁴ Considerando aqui também o objetivo de integração dos mercados; esta questão é metodologicamente distinta da verificação do impacto da prática nas trocas entre os Estados-Membros: no que respeita ao objetivo da integração económica, verifica-se se a prática em causa consiste numa conduta adequada à repartição de mercados, em contravenção ao espírito subjacente às disposições do Tratado que têm por objetivo a criação de um mercado interno; a verificação do impacto nas trocas serve um propósito jurisdicional, uma vez que é condição necessária à aplicação do artigo 101.º.

¹⁰⁶⁵ Alguns autores recorrem ao conceito de “presunção” para descrever os contornos jurídicos do conceito de restrição da concorrência pelo objeto – ver, e.g., (PETIT, 2013, p. 225 e ss.); (LEMAIRE, 2013, p. 164); (WAELEBROECK & SLATER, 2013, p. 135). Todavia, não se trata aqui de uma presunção em sentido estrito, uma vez que o visado não poderá reverter essa presunção demonstrando, *inter alia*, que a prática não causou *ou não podia causar* um efeito negativo na concorrência, podendo apenas procurar demonstrar que os efeitos causados pela prática têm um efeito positivo, de modo a preencher as condições de atribuição de uma isenção individual, nos termos do artigo 101.º, n.º 3. Como refere o Tribunal de Justiça no Acórdão, n.º 26, “*de modo a*

podem disputar as conclusões da Comissão a nível dos efeitos verificados, de modo a contestar a qualificação da própria prática.

Em qualquer caso – e aqui, o Direito da concorrência europeu diverge substancialmente do modelo *antitrust* norte-americano – as empresas envolvidas poderão sempre procurar demonstrar que as condições de isenção individual de um acordo restritivo da concorrência, ao abrigo do artigo 101.º, n.º 3, estão preenchidas.

Há, pois, um conjunto de consequências processuais e probatórias¹⁰⁶⁶, que resultam da qualificação de determinado comportamento como sendo restritivo da concorrência pelo seu objeto, e que partem de um juízo prévio quanto à elevada probabilidade de que tais comportamentos terão um impacto

verificar se um acordo tem por objetivo a restrição da concorrência, não é necessário determinar qual das partes contratantes tomou a iniciativa de inserir uma cláusula em particular ou concluir que as partes tinham uma intenção comum no momento em que o acordo foi concluído. É antes uma questão de examinar os objetivos prosseguidos pelo contrato enquanto tal, à luz do contexto económico em que aquele deverá ser aplicado”. Também no Acórdão T-Mobile, o Tribunal chama à atenção da compreensão objetiva do conceito de restrição da concorrência pelo objeto, independente das intenções ou impactos efetivos da prática no mercado: “uma prática concertada tem um objetivo anticoncorrencial na acepção do artigo 81.º, n.º 1, CE quando, devido ao seu teor e à sua finalidade e tendo em conta o contexto jurídico e económico em que se insere, é concretamente apta a impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado comum. Não é necessário que a concorrência seja efetivamente impedida, restringida ou falseada nem que haja uma ligação directa entre essa prática concertada e os preços finais de venda ao consumidor. A troca de informações entre concorrentes tem um objetivo anticoncorrencial quando é susceptível de eliminar as incertezas quanto à actuação planeada pelas empresas em causa.” (n.º 43). Como referiu, com particular clareza, a Advogada-Geral J. Kokott nas suas conclusões apresentadas no processo T-Mobile, não se pode entender que da proibição das restrições da concorrência por objetivo “decorre apenas uma espécie de presunção de ilicitude, que poder ser ilidida, se, no caso concreto, não se comprovar a existência de quaisquer efeitos negativos no mercado. Tal interpretação conduziria a que as duas disposições do artigo 81.º, n.º 1 CE fossem incorrectamente misturadas: por um lado, a proibição de acordos com objetivos anticoncorrenciais e, por outro, a proibição de acordos com efeitos anticoncorrenciais” (n.º 45). Com uma agravante decorrente da posição restritiva da Comissão em matéria de invocação do benefício da isenção individual, em especial no âmbito de restrições da concorrência pelo objeto, como resulta desde logo das Orientações relativas ao artigo 81.º, n.º 3.

¹⁰⁶⁶ Ver (PETIT, 2013, p. 218 e ss.). A principal dessas consequências probatórias é que a prova do objeto é substancialmente mais facilitada do que a prova dos efeitos, dependente de complexos exercícios de avaliação de impacto de práticas empresariais num determinado mercado.

negativo na concorrência: com efeito, a constatação de um objetivo anticoncorrencial é suficiente para a qualificação da restrição da concorrência e, consequentemente para a condenação das empresas envolvidas.

Na perspetiva processual, se o objetivo anticoncorrencial do acordo estiver demonstrado, a investigação conduzida pela Comissão ou pela ACN pode terminar e a infração ao artigo 101.º, n.º 1 está provada sem que os efeitos, atuais ou potenciais, da prática tenham que ser demonstrados. Cumulativamente, a tal qualificação corresponde um método essencialmente objetivo, em que a intenção das empresas envolvidas não é tida em conta (senão para efeitos de reforçar a identificação do objeto restritivo do acordo)¹⁰⁶⁷, o que sublinha a relevância prática da qualificação de um comportamento como constituindo uma restrição da concorrência pelo seu objeto¹⁰⁶⁸.

¹⁰⁶⁷ Ou seja, não constitui elemento relevante para a qualificação de uma prática como tendo o objeto de restringir a concorrência o facto de as empresas envolvidas não terem tido a *intenção* de restringir a concorrência, ou mesmo de prosseguirem objetivos legítimos. Este elemento – o da intenção de restringir a concorrência – poderá até, se demonstrado, ser utilizado como agravante da caracterização da restrição e da sua imputação individual, mas a prova contrária (designadamente, de que as partes pretendiam prosseguir um objetivo legítimo), não exclui a qualificação da restrição como tendo um objeto restritivo da concorrência. Neste sentido, ver, e.g., o Acórdão IAZ, n.º 25: “*the purpose of the Agreement, regard being had to its terms, the legal and economic context in which it was concluded and the conduct of the parties, is appreciably to restrict competition within the common market, notwithstanding the fact that it also pursues the objective of protecting public health and reducing the cost of conformity checks. That finding is not invalidated by the fact that it has not been established that it was the intention of all the parties to the Agreement to restrict competition*”; e Acórdão BIDS, n.º 21: “*para determinar se um acordo é abrangido pela proibição enunciada no artigo 81.º, n.º 1, CE, há que atender ao teor das suas disposições e aos intuitos que objetivamente pretende atingir. A este respeito, ainda que seja provado que as partes de um acordo actuaram sem qualquer intenção subjectiva de restringir a concorrência, mas com o intuito de encontrar uma solução para os efeitos de uma crise sectorial, essas considerações não são relevantes para efeitos da aplicação da referida disposição. Com efeito, pode considerar-se que um acordo tem um objeto restritivo da concorrência mesmo que não tenha por único objetivo restringir a concorrência*”. Como vimos, impõe-se uma qualificação adicional em relação a determinadas orientações jurisprudenciais que dão conta da aceitação de restrições da concorrência em circunstâncias delimitadas pela própria jurisprudência, designadamente a nível das restrições acessórias objetivamente necessárias à prestação principal (que não constitua ela própria uma restrição da concorrência), como resulta do Acórdão *Remia* e do Acórdão do Tribunal Geral *M6*; das restrições que resultam de considerações de interesse público (Acórdão *Wouters*); das restrições que não sejam *objetivamente justificadas*, conforme a jurisprudência firmada nos Acórdãos *Nungesser*, *Erauw-Jacquery*, *AEG-Telefunken* e *Pierre Fabre*.

¹⁰⁶⁸ Entre nós, a questão foi colocada pelo Conselho da Concorrência, logo no seu primeiro relatório de atividade (1984-1985), a propósito da aferição da ilicitude e da culpa como

Esta dimensão sublinha a relevância colocada na jurisprudência nas condições necessárias à qualificação de uma restrição da concorrência pelo objeto¹⁰⁶⁹, nas observações à *expansão* deste conceito para além de práticas *obviamente restritivas*¹⁰⁷⁰, e na consequente diluição das distinções entre restrições da concorrência pelo efeito e pelo objeto, pois se qualquer restrição da

elementos necessariamente distintos no preenchimento dos elementos do tipo sancionatório em causa, nos seguintes termos, colocando em evidência os dois planos distintos (o da qualificação da conduta como uma restrição da concorrência e a culpa na sua imputação subjectiva no plano da sanção) em que a qualificação de uma restrição da concorrência pelo objeto deve ser colocado, revelando igualmente uma proximidade substancial de abordagens com o Direito europeu da concorrência: “tanto o art. 13.º como o art. 14.º do Dec-Lei 422/83, de 3-12, consideram restritivas da concorrência as coligações e abusos de posição dominante que tenham por objeto ou como efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado nacional. Quer isto dizer que são igualmente ilícitos os comportamentos que visam restringir a concorrência sem que tal restrição efetivamente se produza e os que distorçam a concorrência sem que tal tenha sido o objetivo das empresas que os praticaram. A apreciação da ilicitude, como no direto penal, desdobra-se em dois juízos, de ilicitude objetiva e de culpa, só que o segundo não é nem pode ser relevante na aplicação da lei no que respeita à proibição das práticas comerciais restritivas, sob pena de se prejudicar o efeito útil da legislação, que se manifesta justamente na possibilidade de esta ser utilizada como instrumento de política económica. A qualificação negativa de um comportamento comercial e a sua virtual proibição não podem, pois, estar dependentes do juízo de culpa. Tal juízo só deverá mostrar-se relevante como critério suplementar de determinação da medida da coima, aliás, não expressamente contemplado no art. 17.º do Dec-Lei 422/83, de 3-12, isto é, quando o objetivo da aplicação da lei deixa de ser, imediatamente, o da manutenção da concorrência efetiva para passar a ser o da penalização de infrações à ordenação social” (Conselho da Concorrência, Relatório de Actividade 1984-1985, Ministério de Indústria e Comércio, Lisboa, 1987, p. 15-16). Recordamos que o Acórdão IAZ, que transcrevemos supra na parte relevante, foi proferido em novembro de 1983.

¹⁰⁶⁹ Esta questão foi objeto de particular atenção, designadamente, pelos Advogados-gerais Verica Trestenjak (conclusões de 4.11.2008, no processo *BIDS*, EU:C:2008:467), Juliane Kokott (conclusões de 19.2.2009, no processo *T-Mobile*, e conclusões de 3.2.2011, no processo *Premier League*, EU:C:2011:43), Ján Mazák (conclusões de 3.3.2011, no processo *Pierre Fabre*, EU:C:2011:113), Cruz Villalón (conclusões de 25.10.2011, no processo *Allianz Hungária*), Nils Whal (conclusões de 27.3.2014, no processo *Groupement des Cartes Bancaires*) e Melchior Wathelet (conclusões de 25.6.2015, no processo *Toshiba*).

¹⁰⁷⁰ Ver (WHISH & BAILEY, 2015, p. 132); (WAELBROECK & SLATER, 2013, p. 151).

concorrência o poder ser pelo objeto, não haverá necessidade de apurar os referidos efeitos restritivos¹⁰⁷¹.

Este paradoxo determinaria, em plena *idade da modernização* do Direito europeu da concorrência, uma aplicação das regras de concorrência com pouca aderência aos impactos – reais ou expectáveis à luz das regras de experiência ou da ciência económica – das práticas em causa, e, em particular, à eventual proibição *in genere* de práticas cujo impacto competitivo possa ser positivo¹⁰⁷².

Tendo presente estas referências preliminares, a II Parte do nosso estudo dirige-se à análise e compreensão do conceito de restrição da concorrência pelo objeto, e das condições legalmente exigíveis para a sua identificação e aplicação, bem como as questões que suscita num contexto de modernização processual, mas também substantiva, da aplicação do Direito da concorrência europeu.

A noção de restrição da concorrência pelo objeto coloca particulares desafios à aplicação do artigo 101.º aos acordos, práticas concertadas e decisões de associações de empresas¹⁰⁷³, tanto pelas autoridades administrativas ou judiciais responsáveis pela sua fiscalização e sanção, como pelas empresas que procuram adequar os seus comportamentos no mercado aos fins prosseguidos pela norma de proibição. Pois se é certo que o Tribunal de Justiça determinou,

¹⁰⁷¹ Questão que é colocada com maior pertinência em relação à proibição de práticas qualificadas pelo Tribunal de Justiça como restrições objetivas da concorrência, não obstante a manifesta complexidade factual do caso concreto (e.g., *Allianz Hungária*) ou a disputada razoabilidade económica da proibição em causa (e.g., proibição de vendas *online* em *Pierre Fabre*).

¹⁰⁷² Conduzindo, portanto, a resultados subóptimos pela aplicação da proibição a falsos positivos.

¹⁰⁷³ Ver as conclusões da Advogada-geral Kokott no processo *T-Mobile*, n.º 38: “para aquilatar da existência de um objetivo anticoncorrencial é necessário analisar as circunstâncias do caso concreto. Para o efeito são válidos os mesmos critérios aplicáveis à avaliação dos acordos entre empresas e às decisões de associações de empresas previstos no n.º 1 do artigo 81.º CE. Assim, a jurisprudência sobre acordos de empresas e decisões de associações de empresas pode transpor-se para as práticas concertadas entre empresas”. Em sentido concordante, ver o Acórdão *T-Mobile*, n.º 24: “assim, como referiu, no essencial, a advogada-geral no n.º 38 das suas conclusões, os critérios consagrados pela jurisprudência do Tribunal de Justiça para apreciar se um comportamento tem por objetivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência são aplicáveis quer se trate de um acordo, de uma decisão ou de uma prática concertada”.

pelo menos desde a década de 1960, com *Société Technique Minière* que, relativamente à delimitação entre os comportamentos que têm um objetivo anticoncorrencial e os que têm um efeito anticoncorrencial, para verificar se determinada prática é abrangida pelo artigo 101.º, n.º 1 o objetivo e o efeito anticoncorrencial não são requisitos cumulativos, mas alternativos¹⁰⁷⁴, e que o carácter alternativo da delimitação conduz em primeiro lugar à necessidade de considerar o objetivo do comportamento em causa no contexto económico e jurídico em que se integra¹⁰⁷⁵, também é certo que o próprio Tribunal, em certas ocasiões, impõe tais condições na determinação do que seja o contexto jurídico e económico que pode levar a uma confusão entre o que deve ser exigido para a determinação do objetivo do comportamento e o que é expectável de uma análise do efeito da conduta em causa¹⁰⁷⁶.

É também consistentemente referido pela jurisprudência do Tribunal de Justiça que o efeito útil de identificar uma restrição da concorrência pelo objeto, a desnecessidade de proceder a uma análise dos efeitos no mercado de um comportamento, ou seja, de determinar se a concorrência foi de facto impedida,

¹⁰⁷⁴ Cf. Acórdão *Société Technique Minière*, p. 381, 387 e 388.

¹⁰⁷⁵ Não implicando, todavia, que a inexistência de um objeto restritivo deva ser sempre determinada previamente à verificação de uma restrição da concorrência pelo objeto, como resulta dos Acórdãos (do Tribunal Geral e do Tribunal de Justiça) *MasterCard*.

¹⁰⁷⁶ Ver, e.g., o Acórdão *Allianz Hungária*, n.º 36: “a fim de apreciar se um acordo contém uma restrição da concorrência ‘em razão do seu objetivo’, deve atender-se ao teor das suas disposições aos objetivos que visa atingir, bem como ao contexto económico e jurídico em que se insere... No âmbito da apreciação do referido contexto, há também que tomar em consideração a natureza dos bens ou dos serviços afetados e as condições reais do funcionamento e da estrutura do mercado ou dos mercados em causa.”. Este aresto foi objeto de particular criticismo por, nesta passagem, o Tribunal de Justiça fazer apelo a um conjunto de testes que, em bom rigor, são claramente análogos aos que seriam necessários para apurar o impacto negativo da prática no mercado, ou seja, o seu efeito negativo, sem no entanto subscrever claramente um teste de efeitos análogo, concretamente, ao sugerido pelo Acórdão do Tribunal Geral *GlaxoSmithKline*. Para uma resenha das críticas à posição assumida pelo Tribunal de Justiça em *Allianz Hungária*, ver (GRAHAM, 2013b); (NAGY, 2013). Também na jurisprudência a posição assumida aqui pelo Tribunal não foi alvo de uma receção pacífica, destacando-se a posição crítica do Advogado-geral Wahl nas suas conclusões ao processo *Groupement des Cartes Bancaires*, em especial nos n.ºs 50-51. Para uma análise conciliatória desse aresto com a globalidade da jurisprudência do Tribunal de Justiça relevante para a qualificação da restrição pelo objeto (e que, no essencial, subscrevemos), ver as conclusões do Advogado-geral Wathelet no processo *Toshiba*, em especial, os, n.ºs 63-86.

restringida ou falseada, apenas pode ocorrer se a análise do objetivo da prática revelar um grau suficiente de nocividade em relação à concorrência¹⁰⁷⁷.

À luz da jurisprudência consolidada do Tribunal de Justiça em matéria de definição do que é uma restrição da concorrência pelo objeto, surgem algumas perplexidades quanto à generalidade dos comentários críticos aos desenvolvimentos jurisprudenciais pós-2008¹⁰⁷⁸: por um lado, pela recondução da posição do Tribunal a uma visão excessivamente formal da proibição, afastada do mote da análise dos efeitos como *leitmotiv* da modernização substantiva do Direito europeu da concorrência¹⁰⁷⁹; por outro lado, por essa via permitir uma

¹⁰⁷⁷ Não bastando, pois, a identificação de um mero objetivo restritivo, se o mesmo não for *suficientemente nocivo*; todavia, o grau de nocividade suficiente não deve ser determinado pelos *efeitos* do acordo no funcionamento do mercado, mas por um juízo, objetivo, quanto à probabilidade elevada de que um qualquer acordo, que reúna as características do acordo em análise no caso concreto, no contexto económico e jurídico em que se insere, terá um impacto não negligenciável no funcionamento da concorrência, nos termos previstos pelo Tratado (o qual, como vimos anteriormente, prevê um conceito de concorrência mais lato do que o que poderá resultar de uma abordagem económica clássica ou neo-clássica). Ver Acórdão *BIDS*, n.º 17 (“A distinção entre «infracções pelo objetivo» e «infracções pelo efeito» tem a ver com o facto de determinadas formas de conluio entre empresas poderem ser consideradas, pela sua própria natureza, prejudiciais ao funcionamento correcto e normal da concorrência.”), e n.ºs 33-35 (“Os acordos *BIDS* destinam-se assim essencialmente a permitir que diversas empresas implementem uma política comum que tenha por objeto favorecer a saída do mercado de algumas delas e, consequentemente, reduzir o excesso de capacidade que afecta a sua rentabilidade e que as impede de realizar economias de escala. Este tipo de acordos contraria de forma manifesta a concepção inerente às disposições do Tratado CE relativas à concorrência, segundo a qual todos os operadores económicos devem determinar de forma autónoma a política que pretendem seguir no mercado. O artigo 81.º, n.º 1, CE visa com efeito proibir todas as formas de coordenação que substituam conscientemente os riscos da concorrência por uma cooperação prática entre empresas. No quadro da concorrência, as empresas que assinaram acordos *BIDS* não teriam tido, sem eles, outros meios para melhorar a sua rentabilidade que não através da intensificação da sua rivalidade comercial ou do recurso a operações de concentração. Com estes acordos, podem evitar esse processo e repartir uma parte importante dos custos necessários para aumentar o grau de concentração do mercado, designadamente através da cobrança de dois euros por unidade produzida por cada um dos operadores que permanecem.”).

¹⁰⁷⁸ Como nota (LEMAIRE, 2013, p. 177), o problema da dicotomia objeto/efeito permaneceu essencialmente resolvido até aos arestos proferidos pelo Tribunal de Justiça a partir de 2008 nos Acórdãos *BIDS*, *T-Mobile*, *GlaxoSmithKline*, *Premier League* e *Pierre Fabre* e, acrescentamos nós, *Allianz Hungária* e *Groupement des Cartes Bancaires*.

¹⁰⁷⁹ Assim, (LEMAIRE, 2013, p. 175 e ss.); também (FAULL et al., 2014, p. 231) consideram que “the policy reforms initiated by the 1996 Green Paper on Vertical Agreements have not, as yet, been fully endorsed by the Court of Justice”.

excessiva diluição da distinção entre restrições por efeito e por objeto, pela progressiva *expansão* do conceito de restrição pelo objeto relativamente a comportamentos empresariais menos óbvios ou cujo impacto anticoncorrencial não é certo ou, pelo menos, é contestável¹⁰⁸⁰.

O criticismo ao rumo aparentemente incerto do Tribunal na concretização do que é uma restrição da concorrência pelo objeto é reforçado pelas várias iniciativas da Comissão Europeia, contemporâneas ou subsequentes a estas tomadas de posição na jurisprudência, e que promovem uma leitura igualmente expansionista da noção de restrição da concorrência pelo objeto, reconduzindo nela condutas cuja configuração as afasta das práticas manifestas ou óbvias. As decisões da Comissão Europeia adotadas em 2013, que qualificam determinados acordos entre empresas farmacêuticas originadoras e genéricas visando retardar o início da comercialização de produtos farmacêuticos genéricos como restrições da concorrência pelo objeto¹⁰⁸¹, a nova comunicação *de minimis* de 2014, que afasta do seu âmbito de aplicação quaisquer restrições da concorrência pelo objeto (que sejam suscetíveis de afetar o comércio entre Estados-Membros)¹⁰⁸², e o *documento de trabalho* contendo as orientações da Comissão sobre o conceito de restrições da concorrência pelo objeto¹⁰⁸³, que acompanha a comunicação *de*

¹⁰⁸⁰ Ver, em especial, (WHISH & BAILEY, 2015, p. 125 e ss.).

¹⁰⁸¹ Ver Decisão *Lundbeck*, p.13-16 e Decisão *Fentanilo*, p.21-22.

¹⁰⁸² Cf. Comunicação da Comissão, *Projeto de comunicação relativa aos acordos de pequena importância que não restringem sensivelmente a concorrência nos termos do artigo 101.º, n.º 1 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (Comunicação de minimis)*, JO C 291, de 30.8.2014, p.1.

¹⁰⁸³ *Comission Staff Working Paper, Guidance on restrictions of competition “by object” for the purpose of defining which agreements may benefit from the De Minimis Notice*, C(2014) 4136 final, de 25.6.2014, revista a 3.6.2015. Note-se que na primeira versão destas orientações, de 25.6.2014, a Comissão qualificava, juntamente com processos onde se verificaram condutas “manifestas” de fixação de preços, as seguintes práticas como exemplos de acordos de fixação de preços: os acordos e/ou práticas concertadas envolvendo a Apple e um conjunto de cinco editoras, com o alegado propósito de aumento dos preços de venda de livros eletrónicos (“e-books”) no mercado europeu; os acordos de fixação de comissões interbancárias multilaterais. Na revisão de 3.6.2015, a Comissão eliminou as referências a estas duas categorias; com efeito, e como referimos supra, a investigação aos acordos de comercialização de livros eletrónicos, iniciada em 2011, seria concluída mediante a adopção de duas decisões de arquivamento mediante a apresentação de compromissos, nas quais a Comissão, não obstante ter entendido

minimis de 2014, podem ser enquadradas neste âmbito, por endossarem uma interpretação extensiva do conceito de restrição da concorrência pelo objeto.

Todavia, questionamo-nos se as críticas apresentadas aos resultados da aparente interpretação expansiva do Tribunal – e o seu aproveitamento pela Comissão – são motivadas pela evidência de uma clara alteração da linha jurisprudencial seguida pelo Tribunal desde os primeiros arestos onde esta matéria é discutida (*Consten, Société Technique Minière e Itália c. Comissão e Conselho*), ou, pelo contrário, do reconhecimento da inamovibilidade do Tribunal em relação a essa mesma linha jurisprudencial, que se opõe aos apelos por uma *abordagem mais económica* à proibição do artigo 101.º, n.º 1 ancorada mais estreitamente na análise de efeitos restritivos da concorrência no mercado como prelúdio necessário da determinação de uma restrição da concorrência.

Talvez por isso, a posição adotada pelo Tribunal de Justiça no recurso da decisão do Tribunal Geral no processo *GlaxoSmithKline* seja considerada como um “retrocesso” face à introdução plena da análise de efeitos na aplicação do artigo 101.º, n.º 1 às restrições da concorrência pelo objeto, ao afastar a avaliação do impacto da conduta em questão sobre o bem-estar do consumidor

estar perante práticas que tinham por objetivo a restrição da concorrência, considerou que os compromissos apresentados pelas empresas envolvidas eram suficientes para restabelecimento das condições de concorrência no mercado. No que respeita aos acordos de fixação de comissões interbancárias multilaterais, o precedente invocado pela Comissão na versão de 25.6.2014 corresponde à investigação iniciada em março de 2008 às comissões interbancárias multilaterais e outras regras comerciais aplicadas no sistema de pagamentos com cartão Visa. Esta investigação, desencadeada poucos meses após a adopção da única decisão de proibição da Comissão sobre comissões interbancárias multilaterais até ao presente (a Decisão *MasterCard*, na qual a Comissão conclui estar perante uma restrição da concorrência exclusivamente pelo efeito, não apresentando quaisquer conclusões quanto ao objeto restritivo das mesmas – no que, sublinhe-se, constitui a única decisão da Comissão de proibição adotada até hoje nestes termos), seria igualmente concluída mediante a adopção de uma decisão de arquivamento mediante compromissos (Decisão *VISA MIF*), nos termos da qual, após determinar que algumas regras do sistema VISA, designadamente as comissões interbancárias multilaterais, teriam por objeto e efeito a restrição da concorrência, a Comissão aceitou compromissos apresentados pela Visa com vista a resolver algumas das questões suscitadas pela Comissão, designadamente, pela fixação do teto máximo de comissões interbancárias para determinadas tipologias de transação com cartões. Se é compreensível a remoção destas referências nas suas orientações sobre restrições da concorrência pelo objeto na mais recente versão deste *staff working paper*, não podemos deixar de sublinhar a estranheza pela sua citação em primeiro lugar.

quando se trata de analisar uma conduta que, pela sua própria natureza, prejudica o objetivo de integração dos mercados.

Porém, o afastamento da consideração plena de uma análise de efeitos na aplicação do conceito de restrição da concorrência pelo objeto não resulta apenas no quadro da aplicação do artigo 101.^o a condutas que impactam sobre o objetivo de integração dos mercados; também na qualificação do que sejam restrições da concorrência (sem consideração pelo elemento *integracionista* intrínseco ao Tratado), o Tribunal rejeita também a abordagem mais económica na sua plenitude, ao impedir a confusão dos métodos de determinação do que sejam restrições da concorrência pelo objeto e pelo efeito.

A motivação subjacente às críticas à alegada expansão do conceito de objeto restritivo da concorrência, acolhendo explicitamente a necessidade de uma análise dos efeitos análoga à *rule of reason* na aplicação do artigo 101.^o, n.^o 1, da qual resultaria uma aplicação do conceito de restrição da concorrência pelo objeto às restrições óbvias, especialmente aos cartéis horizontais, relegando para a categoria da restrição pelo efeito a tarefa de abranger as demais restrições concorrenciais, resulta de uma compreensão prévia limitada dos objetivos da proibição como procurando apenas salvaguardar a eficiência económica e o bem-estar do consumidor o que, em nosso entender e como plasmado na jurisprudência do Tribunal de Justiça (e como também já referimos na I Parte), não esgota os objetivos atribuídos às regras de defesa da concorrência do Tratado.

Esta avaliação não pode deixar de influenciar a conceptualização da restrição da concorrência pelo objeto, uma vez que justifica a inclusão nesta categoria de comportamentos cujo objeto restritivo não seja óbvio ou manifesto¹⁰⁸⁴, ou cujo impacto positivo possa mesmo ser aventado, apenas

¹⁰⁸⁴ Fazendo aqui apelo à formulação do Tribunal Geral em *European Night Service*, n.^o 135. A definição das restrições objetivas como restrições *manifestas* da concorrência tem sido abordada como suporte dogmático ao preenchimento da qualificação. Nestes termos, para que uma restrição possa ser considerada qualificada como restrição da concorrência pelo objeto, haverá que determinar se o mesmo tipo de comportamento já foi sancionado no passado pela verificação

de efeitos restritivos na concorrência (assim, um teste de *precedente jurisprudencial*), ou se a mesma recolhe algum grau de unanimidade na teoria económica quanto ao potencial de impacto negativo. Estes testes, assentes nalguma forma de valorização da experiência passada, são referidos, designadamente, pela Comissão Europeia nas suas Orientações relativas ao artigo 81.º, n.º 3 (cf. n.º 21: “As restrições de concorrência por objetivo são aquelas que, pela sua natureza, podem restringir a concorrência. Trata-se de restrições que, à luz dos objetivos prosseguidos pelas regras comunitárias da concorrência, têm um elevado potencial em termos de efeitos negativos na concorrência e relativamente às quais não é necessário, para efeitos da aplicação do n.º 1 do artigo 81.º, demonstrar os seus efeitos concretos no mercado. Esta presunção baseia-se na natureza grave da restrição e na experiência que demonstra ser provável que as restrições da concorrência por objetivo tenham efeitos negativos no mercado e contrariem os objetivos das regras comunitárias da concorrência”; mas também pela jurisprudência: ver, designadamente, os Acórdãos *Groupement des Cartes Bancaires*, n.º 51, e o Acórdão *SIA Maxima*, n.º 19. Particularmente relevantes, as conclusões do Advogado-geral Nils Wahl no processo *Groupement de Cartes Bancaires*, n.ºs 42, 55, 56, 79 e 142. Em esp., nos n.ºs 78-79, Wahl refere que “*competete ao Tribunal de Justiça verificar se o Tribunal Geral fiscalizou adequadamente se a Comissão tinha estabelecido de modo suficiente, na sequência de um exame individual e concreto do teor, do objetivo e do contexto económico e jurídico em que as medidas em causa se inseriam, que essas medidas atingiam um grau de nocividade tal que os seus efeitos na concorrência podiam ser presumidos. Para este efeito, a experiência adquirida constitui uma referência absolutamente pertinente. Esta ‘experiência’ deve ser entendida como o que resulta tradicionalmente da análise económica, conforme validada pelas autoridades responsáveis pela concorrência, confirmada, eventualmente pela jurisprudência*”; no n.º 142, todavia, o Advogado-geral sublinha a seguinte cautela para a possibilidade – inerente à avaliação de cada acordo dever ser analisado individualmente no contexto específico em que é aplicado – de a experiência assente na prática decisória passada das autoridades administrativas (no caso, da Comissão), poder ter um interesse limitado para este exercício: “*No entanto, se a experiência adquirida pode, sem dúvida, vir a apoiar o caráter intrinsecamente prejudicial à concorrência de alguns tipos de cooperação, no caso de restrições manifestas e/ou evidentes, que têm, com toda a probabilidade, um impacto na concorrência, não estou convencido que se possa tirar sempre um argumento forte da prática decisória da Comissão. O facto de a Comissão não ter considerado, no passado, que um acordo de um determinado tipo era, pelo seu próprio objetivo, restritivo da concorrência não é, em si mesmo, suscetível de a impedir de o fazer no futuro, na sequência de uma análise individual e circunstanciada das medidas controvertidas*”. Com efeito, e como recorda o Advogado-geral Mazák nas suas conclusões ao processo *Pierre Fabre*, n.º 27, “*embora determinadas formas de acordo, pela experiência passada, pareçam ser prima facie infrações por objetivo, nem a Comissão nem a autoridade nacional da concorrência estão liberadas de realizar uma apreciação individual de um acordo. Considero que tal apreciação não pode ser totalmente dispensada, mesmo que possa ser bastante incompleta em determinados casos, como por exemplo, quando existem elementos evidentes de que um cartel horizontal procura dominar a produção para manter os preços*”. Neste último sentido, ver o Acórdão *Toshiba*, subscrevendo no essencial a posição conciliatória apresentada pelo Advogado-geral Whatelet na sua opinião: “*o Tribunal de Justiça já declarou que acordos relativos à repartição dos mercados constituem violações particularmente graves da concorrência (v., neste sentido, acórdãos Solvay Solexis/Comissão, C-449/11 P, EU:C:2013:802, n.º 82, e IKK e o./Comissão, C-408/12 P, EU:C:2014:2153, n.º 26). O Tribunal de Justiça também considerou que os acordos que visam a repartição dos mercados têm um objetivo restritivo da concorrência por si mesmos e estão abrangidos por uma categoria de acordos expressamente proibida pelo artigo 101.º, n.º 1, TFUE, não podendo esse objetivo ser justificado pela análise do contexto económico no qual o comportamento anticoncorrencial em causa se insere (acórdão Siemens e o./Comissão, C-239/11 P, C-489/11 P e C-498/11 P, EU:C:2013:866, n.º 218). No que se*

porque contraria objetivos mais vastos, igualmente prosseguidos pelas regras de defesa da concorrência, designadamente a integração dos mercados e a garantia *normativa* da liberdade empresarial.

Não obstante, o Tribunal de Justiça impõe um limite à qualificação de uma restrição da concorrência como tendo por objeto a restrição da concorrência; com efeito, a determinação dos efeitos negativos de um acordo apenas é dispensada quando o grau de nocividade ou de dano à concorrência é suficiente e evidente.

Assim, como conciliar essa qualificação do grau de nocividade necessário para excluir a necessidade de uma análise do efeito restritivo para proibição de determinada conduta, com uma aparente expansão do conceito de restrição da concorrência em arestos tão distintos como *T-Mobile*, *Pierre Fabre*, ou *Allianz Hungária* e, bem assim, como articular essa jurisprudência com uma aparente reversão do Tribunal de Justiça no que respeita aos limites desse conceito no acórdão *Groupement des Cartes Bancaires*¹⁰⁸⁵, e, mais recentemente, *SIA Máxima*?

Consideramos que a crítica à expansão do conceito de restrição da concorrência pelo objeto prende-se mais com uma compreensão prévia do que deveria ser a posição do Tribunal em tais circunstâncias, e menos com o reconhecimento do lugar desses arestos no conjunto da jurisprudência do Tribunal de Justiça sobre o conceito de restrição da concorrência pelo objeto, a qual determinará, provavelmente, que um aresto que possa ser entendido como sinalizando uma posição mais lata relativamente ao conceito de restrição pelo objeto deva, se compreendido no exato contexto em que é proferido, ser consignado como um exercício de especialidade que não contraria a regra geral.

refere a tais acordos, a análise do contexto económico e jurídico no qual a prática se insere pode assim limitar-se ao que se revele estritamente necessário para concluir pela existência de uma restrição da concorrência por objetivo.” (n.ºs 28-29).

¹⁰⁸⁵ Sublinhando-se aqui os vários artigos publicados na sequência destes arestos comentando, precisamente, o aparente movimento de expansão e retração da jurisprudência do Tribunal de Justiça em torno do conceito de restrição da concorrência pelo objeto. Ver, e.g., (ANDREANGELI, 2011a); (JONES, 2010b); (GERARD, 2012) (BAILEY, 2012); (HARPER, 2014); (MURRAY, 2015).

Assim, se analisados individualmente, e se adequadamente compreendidos, tanto no que respeita à matéria de facto que os suporta (e na própria via processual em causa¹⁰⁸⁶), como no contexto da jurisprudência do Tribunal de Justiça na sua globalidade, tais arestos enquadram-se nos parâmetros da definição de restrição de concorrência pelo objeto que o Tribunal tem vindo a defender ao longo dos últimos 40 anos.

Em sentido idêntico, a alegada contenção jurisprudencial verificada, essencialmente, na sequência de *Groupement des Cartes Bancaires* não deve, quanto a nós, ser encarada como uma revisão da jurisprudência do Tribunal ou como uma adoção de uma posição mais restritiva promovida na sequência dos comentários críticos àqueles arestos, mas tão-só como a reafirmação de princípios nucleares, e não alterados, que suportam a concretização deste conceito, de modo consistente, desde a década de 1960.

Quanto muito, poderá encontrar-se na linguagem mais contida e certamente mais cautelosa do Acórdão *Groupement des Cartes Bancaires* (se comparada, designadamente, com os Acórdãos *T-Mobile* ou *Allianz Hungária*), indícios de uma certa “perplexidade judicial” perante a alegada expansão do conceito de restrição da concorrência pelo objeto enquanto categoria dogmática, e uma clara sinalização de que o seu emprego como instrumento de política de concorrência deve ser devidamente ponderado, uma vez que a natureza sancionatória, quase penal, do Direito europeu da concorrência neste aspeto em particular deve adequar e acautelar os interesses e objetivos da defesa da concorrência com os direitos das empresas, não apenas a título processual, mas

¹⁰⁸⁶ Os principais acórdãos referenciados pela doutrina como simbolizando uma *expansão* do conceito de restrição da concorrência pelo objeto respeitam essencialmente a reenvios prejudiciais (e.g., *T-Mobile*, *Pierre Fabre*, *Allianz Hungária*, *Premier League*), enquanto os arestos que adotam uma posição mais restritiva sobre os contornos desta qualificação resultam de recursos de anulação de decisões adotadas pela Comissão (*GlaxoSmithKline*, *Groupement des Cartes Bancaires*). Acórdãos proferidos na sequência de *Groupement* (de 2014), adotam a mesma linguagem deste aresto quanto à qualificação de uma conduta como restrição da concorrência pelo objeto, mesmo quando proferidos no âmbito de reenvio prejudicial (e.g., *SIA Máxima*).

também quanto à segurança jurídica e previsibilidade da compatibilidade legal dos seus comportamentos.

Em especial, se considerarmos que o Tribunal de Justiça nunca subscreveu expressamente a posição assumida pelo Tribunal Geral em *European Night Services*, e em alguns dos seus arestos mais recentes, pode-se mesmo considerar que a rejeita implicitamente¹⁰⁸⁷.

A interpretação restritiva pugnada pelo Tribunal de Justiça é, em bom rigor, de matriz substantiva e não formalista: neste sentido se deve compreender a sua aceitação de princípio relativamente a possíveis restrições da concorrência pelo objeto, ainda que não listadas como exemplo no artigo 101.º, n.º 1¹⁰⁸⁸, uma vez que tal listagem deve ser considerada exemplificativa¹⁰⁸⁹, não obstante aceitar que, em princípio, acordos que prossigam algum ou alguns dos objetivos listados no n.º 1 são, em princípio (sublinhe-se), proibidos pelo artigo 101.º, n.º 1¹⁰⁹⁰, isto porque não é possível excluir, à partida, que qualquer comportamento empresarial possa, se analisado à luz do quadro concreto em que seja implementado, constituir uma restrição da concorrência pelo objeto, quando apresente um grau suficiente de nocividade, à luz do seu teor, dos objetivos que visa atingir ou do contexto económico e jurídico em que se insere.

¹⁰⁸⁷ Ver, neste sentido, as conclusões da Advogada-geral Trstenjak no processo *BIDS*, n.º 47: “a categoria das restrições da concorrência por objetivo não pode ser reduzida aos acordos que restringem de forma manifesta a concorrência. Dado que deve ser tido em conta não só o conteúdo do acordo mas também o seu contexto jurídico e económico, a identificação de um objetivo de restrição da concorrência não pode depender de se este objetivo se detecta à primeira vista ou apenas se revela através de um exame mais aprofundado das circunstâncias e da vontade das partes”. Embora, como a Advogada-geral precise numa nota a esta posição, considere não estar diretamente em contradição com a posição assumida pelo Tribunal Geral em *European Night Services*, por entender que o Tribunal Geral, neste aresto, apenas refere que “a consideração do contexto jurídico e económico em casos claros pode ser sumariamente dispensada. Daí não resulta, porém, que a noção de restrição da concorrência se limita a estes casos evidentes” (n.º 47, nota 26). Todavia, recordemos que o Tribunal de Justiça, no Acórdão *Toshiba*, conclui expresamente de modo diferente no que respeita à consideração do contexto económico jurídico, ainda que perante restrições manifestas.

¹⁰⁸⁸ Como resulta claro dos Acórdãos *BIDS* ou *Allianz Hungária*.

¹⁰⁸⁹ Cf. Acórdão *BIDS*, n.º 23.

¹⁰⁹⁰ Veja-se neste sentido (num processo clássico de cartel), o Acórdão *Toshiba*.

Como o Tribunal de Justiça aptamente refere em *Groupement des Cartes Bancaires*, “determinados comportamentos colusórios, como os que levam à fixação horizontal de preços por cartéis, podem ser considerados de tal modo susceptíveis de terem efeitos negativos, em especial sobre o preço, a quantidade ou a qualidade dos produtos e dos serviços que se pode considerar inútil, para efeitos de aplicação do artigo 81.º CE, demonstrar que produzem efeitos concretos no mercado” (n.º 51). Ou seja, não se está perante uma necessária interpretação restritiva pelo facto de a qualificação de restrição pelo objeto corresponder a uma *quase* presunção de ilegalidade¹⁰⁹¹, uma vez que essa presunção não é reconhecida no Direito da União, mas sim porque a qualificação de uma restrição da concorrência pelo objeto dispensa a autoridade competente de demonstrar os efeitos negativos na concorrência resultantes daí resultantes.

Ora, a única razão legítima que justifica a desnecessidade de demonstração de efeitos negativos num caso concreto é a verificação de um grau suficiente de nocividade, o qual só pode, em nossa opinião, resultar de uma análise individual do acordo à luz do contexto económico e jurídico em que se insere. Quando esse grau de nocividade não resulta do próprio teor ou dos objetivos do acordo, essa análise não é nunca dispensada pelo Tribunal de Justiça.

É por isso com alguma cautela que devemos analisar as conclusões do Advogado-geral Wathelet no processo *Toshiba*: se por um lado concordamos com a sua posição conciliatória da jurisprudência *Allianz Hungaria* com aquela outra firmada em *Groupement des Cartes Bancaires* – por, desde logo, entendermos não haver contradição, e por considerarmos que o Tribunal não promove uma confusão entre os conceitos de restrição da concorrência pelo objeto e pelo efeito ao impor que se considere, na análise do contexto económico e jurídico no processo *Allianz Hungária*, elementos relativos à estrutura do mercado em causa

¹⁰⁹¹ Como referem, entre outros (WAELEBROECK & SLATER, 2013, p. 156).

–, temos maior relutância em concordar plenamente com as suas conclusões a propósito do Acórdão *Siemens*¹⁰⁹².

Com efeito, após ponderar as conclusões do Tribunal de Justiça nos Acórdãos *Allianz Hungária e Siemens*, *Wathelet*, na sua “*tentativa de síntese na apreciação das hipóteses de restrição da concorrência por objetivo*”¹⁰⁹³, formula uma tese geral relativa às restrições por objeto nos termos da qual, “*a fim de apreciar se um acordo entre empresas (ou uma decisão de associação de empresas) apresenta, pela sua própria natureza, um grau suficiente de nocividade para ser considerado uma restrição da concorrência «por objetivo» na aceção do artigo 101.º, n.º 1, TFUE, deve atender-se ao teor das suas disposições, ao seu objetivo, isto é aos objetivos que visa atingir, bem como ao contexto económico e jurídico em que o mesmo se insere. Mutatis mutandis, este princípio também se aplica às práticas concertadas. Se a conclusão desta análise for positiva e que o acordo, a decisão de associação de empresas ou a prática concertada pertencem a uma categoria expressamente abrangida no artigo 101.º, n.º 1, TFUE, a análise do contexto económico e jurídico pode ser feita separadamente. Se, pelo contrário, resultar dessa mesma análise que o acordo, a decisão de associação de empresas ou a prática concertada não se enquadram numa das hipóteses abrangidas pelo artigo 101.º, n.º 1, TFUE ou que apresentam características que tornam o acordo, a decisão de associação de empresas ou a prática concertada atípica ou complexa, a análise do contexto económico e jurídico deve ser mais aprofundada.*”¹⁰⁹⁴.

É certo que esta proposta apresenta a vantagem da clareza: os exemplos previstos no artigo 101.º, n.º 1 devem ser considerados o “núcleo duro” das restrições da concorrência por objetivo (n.º 73), e apenas no caso de o acordo não estar abrangido por uma dessas categorias é que se deverá avançar para uma análise mais aturada do contexto, a fim de apurar se o mesmo constitui (ou contém) uma restrição da concorrência pelo objeto. Todavia, não temos a certeza

¹⁰⁹² Acórdão *Siemens*, já citado.

¹⁰⁹³ Cf. conclusões do Advogado-geral *Wathelet* no processo *Toshiba*, n.º 87 e ss.

¹⁰⁹⁴ Cf. conclusões do Advogado-geral *Wathelet* no processo *Toshiba*, n.ºs 88-90.

de que a mesma esteja devidamente suportada pela jurisprudência do Tribunal e, bem assim, que se possa retirar essa conclusão do Acórdão *Siemens*, pelo menos com a plenitude proposta por Wathélet.

Neste aresto, o Tribunal limita-se a afastar a alegação das empresas envolvidas (a Toshiba e a Mitsubishi) nos termos da qual o princípio da presunção da inocência teria sido posto em causa por a Comissão (neste ponto suportada pelo Tribunal Geral), não ter considerado a explicação alternativa apresentada para a sua conduta, designadamente a existência de barreiras técnicas e económicas à entrada de produtos japoneses no Mercado europeu, o que afastaria qualquer interesse racional destas empresas em participar numa colusão como a descrita pela Comissão.

Ora, tal argumento apenas é relevante quando – no âmbito específico de demonstração de uma prática concertada – não existe qualquer outra prova relativa ao objetivo restritivo da concorrência, e o comportamento das empresas pode ter outra explicação plausível para além da colusão¹⁰⁹⁵.

No Acórdão *Siemens*, o Tribunal de Justiça limita-se a concluir que, quando estamos perante uma prática concertada em que a prova documental relativa ao objetivo restritivo da concorrência, a saber, a repartição de mercados, é robusta, o interesse económico das empresas envolvidas não tem de ser tido em conta¹⁰⁹⁶. Esta conclusão é, aliás, análoga à posição assumida pelo Tribunal no Acórdão *Sumitomo*¹⁰⁹⁷, e que é invocado como precedente no Acórdão *Siemens*, onde igualmente se discute a relevância da ponderação de explicações alternativas para o comportamento das empresas no mercado, quando existe prova adicional da prática concertada, e do seu objetivo restritivo.

¹⁰⁹⁵ Nos termos da jurisprudência firmada no Acórdão *ANIC*.

¹⁰⁹⁶ Cf. Acórdão *Siemens*, n.º 224.

¹⁰⁹⁷ Cf. Acórdão *Sumitomo*, já citado.

Em qualquer caso, note-se, o Tribunal de Justiça limita-se a concluir que *“se a Comissão tiver conseguido reunir provas documentais da infração alegada e estas provas se revelarem suficientes para a demonstrar a existência de um acordo de natureza anticoncorrencial, não é necessário analisar a questão de saber se a empresa acusada tinha um interesse comercial no referido acordo”*¹⁰⁹⁸.

Ora, o Tribunal não retira (no Acórdão *Siemens*, como no Acórdão *Sumitomo*) da sua afirmação que um acordo que tem por objetivo a repartição de mercados constitui uma restrição da concorrência pelo objeto e está expressamente previsto no artigo 101.º, n.º 1 as mesmas conclusões que Wathelet, tão-só afirmando que naqueles casos, as empresas não podem alegar questões relativas ao seu interesse em participar num acordo ou prática restritiva da concorrência, designadamente, a existência de barreiras técnicas ou económicas à importação de produtos para o Mercado europeu, quando existe prova da sua participação em tais acordos ou práticas concertadas (e, refira-se, uma análise factual da Comissão que demonstra a existência de algum grau de concorrência potencial, ou seja, de não intransponibilidade das barreiras alegadas).

Nestes termos, consideramos que estes dois acórdãos são mais pertinentes para a análise do conceito de prática concertada, do que para a consolidação do conceito de restrição da concorrência pelo objeto.

Assim, não concordamos com Wathelet quando este afirma que os exemplos do artigo 101.º n.º 1 devem ser considerados o núcleo duro das restrições por objeto, ou que *“a experiência acumulada desde há mais de sessenta anos autoriza, doravante, que se considere que as hipóteses previstas no artigo 101.º, n.º 1, TFUE respondem à exigência de nocividade intrínseca”*¹⁰⁹⁹, quando o Tribunal apenas chegou a essa conclusão em relação a determinados acordos – que não esgotam os exemplos aí referidos –, e que apenas no caso de se

¹⁰⁹⁸ Cf. Acórdão *Sumitomo*, n.º 46 e, por analogia, Acórdão *Siemens*, n.ºs. 217-224.

¹⁰⁹⁹ Cf. conclusões do Advogado-geral Wathelet no processo *Toshiba*, n.º 72.

pretender considerar um determinado acordo não previsto no n.º 1 como uma restrição da concorrência pelo objeto, é que será necessária uma *“análise mais aprofundada do contexto económico e jurídico no qual se inscrevem, sem todavia levar essa análise até ao estudo dos efeitos do acordo”*¹¹⁰⁰.

Nesse sentido, a formulação que o Tribunal acabará por empregar¹¹⁰¹, é mais consentânea, uma vez que deixa claro que: (i) a avaliação do contexto é sempre necessária para concluir pela existência de uma restrição da concorrência pelo objeto, por muito perfunctória que deva ser; (ii) a análise do contexto não tem por propósito justificar uma conduta restritiva, mas sim demonstrar que (a) uma conduta concreta é uma restrição da concorrência e (b) apresenta um grau de nocividade suficiente para permitir a sua qualificação como uma restrição por objeto.

As causas de justificação da conduta não têm lugar na aplicação do n.º 1¹¹⁰², e como tal ambos os planos de análise não devem ser confundidos para este efeito.

Ao recordar (ou reafirmar) que um determinado comportamento só poderá ser considerado restritivo pelo seu próprio objetivo se representar um impacto suficientemente nocivo na concorrência, o Tribunal de Justiça sinaliza, com suficiente clareza, que a liberdade empresarial apenas deve ser posta em causa quando os comportamentos das empresas ponham em perigo claro os objetivos do Tratado, ou quando o juízo de probabilidade de que tais comportamentos podem ter um impacto negativo na concorrência é suficientemente robusto.

¹¹⁰⁰ Cf. conclusões do Advogado-geral Wathelet no processo *Toshiba*, n.º 74.

¹¹⁰¹ Cf. Acórdão *Toshiba*, n.º 29: *“No que se refere a tais acordos, a análise do contexto económico e jurídico no qual a prática se insere pode assim limitar-se ao que se revele estritamente necessário para concluir pela existência de uma restrição da concorrência por objetivo”*.

¹¹⁰² Como o Tribunal sublinhou nos Acórdãos *Sumitomo*, *Siemens* e *Toshiba*, o objetivo anticoncorrencial não pode ser justificado pela análise do contexto económico no qual o comportamento anticoncorrencial se insere.

Em contrapartida, que uma eventual expansão do conceito de modo a albergar condutas cujo objeto não é imediatamente perceptível e cujo efeito negativo é, pelo menos, economicamente contestável não é aceitável, sob pena de aplicação das regras de defesa da concorrência promover a proibição de condutas benignas ou pró-competitiva, em claro detrimento de quaisquer considerações de bem-estar e de promoção da afetação eficiente de recursos que legitimem as normas e a sua aplicação.

E nesse sentido, a posição do Tribunal – definida consistentemente desde 1966 – não nos parece impugnável.

ÍNDICE DE REFERÊNCIAS

JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA

TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Acórdão de 6.4.1962, *De Geus c. Bosch e van Rijn*, 13/61, EU:C:1962:11

Acórdão de 30.6.1966, *Société Technique Minière (LTM) c. Maschinenbau Ulm GmbH (MBU)*, 56/65, EU:C:1966:38

Acórdão de 13.7.1966, *Établissements Consten Sàrl e Grundig-Verkaufs-GmbH c. Comissão*, 56 e 58/64, EU:C:1966:41

Acórdão de 13.7.1966, *Itália c. Conselho e Comissão*, 32/65, EU:C:1966:42

Acórdão de 12.12.1967, *SA Brasserie de Haecht c. Consorts Wilkin-Janssen*, 23/67, EU:C:1967:54

Acórdão de 13.2.1969, *Walt Wilhelm e o. c. Bundeskartellamt*, 14/68, EU:C:1969:4

Acórdão de 9.7.1969, *Franz Völk c. Ets. J. Vervaecke*, 5/69, EU:C:1969:35

Acórdão de 6.5.1971, *SA Cadillon c. Firma Höss*, 1/71, EU:C:1971:47

Acórdão de 25.11.1971, *Béguelin Import Co. c. S.A.G.L. Import Export*, 22/71, EU:C:1971:113

Acórdão de 14.7.1972, *Imperial Chemical Industries c. Comissão*, 48/69, EU:C:1972:70

Acórdão de 21.2.1973, *Europemballage Corporation e Continental Can Inc. c. Comissão*, 6/72, EU:C:1973:22

Acórdão de 30.1.1974, *BRT c. SABAM e Fonior*, 127/73, EU:C:1974:6

Acórdão de 31.10.1974, *Centrafarm BV e Adriaan de Peijper c. Sterling Drug Inc.*, 15/74, EU:C:1974:114

Acórdão de 16.12.1975, *Coöperatieve Vereniging ‘Suiker Unie’ UA e o. c. Comissão*, 40 a 48, 50, 54 a 56, 111, 113 e 114/73, EU:C:1975:174

Acórdão de 3.2.1976, *Fonderies Roubaix Wattrelos c. Fonderies Roux e o.*, 63/75, EU:C:1976:15

Acórdão de 25.10.1977, *Metro c. Comissão*, 26/76, EU:C:1977:167

Acórdão de 16.11.1977, *INNO B.M. c. ATAB*, C-13/77, EU:C:1977:185

Acórdão de 1.2.1978, *Miller International Schallplatten GmbH c.*

Comissão, 19/77, EU:C:1978:19

Acórdão de 13.2.1979, *Hoffman-La Roche & Co. c. Comissão*, 85/76, EU:C:1979:36

Acórdão de 8.6.1982, *L.C. Nungesser KG e Kurt Eisele c. Comissão*, 258/78, EU:C:1982:211

Acórdão de 28.3.1984, *Compagnie Royale Asturienne des Mines SA e Rheinzink GmbH c. Comissão*, 29 e 30/83, EU:C:1984:130

Acórdão de 8.11.1983, *NV IAZ International Belgium e o. c. Comissão*, 96-102, 104, 105, 108 e 110/82, EU:C:1983:310

Acórdão de 9.11.1983, *Nederlandsche Banden Industrie Michelin c. Comissão*, 322/81, EU:C:1983:313

Acórdão de 21.2.1984, *Hasselblad Ltd c. Comissão*, 86/82, EU:C:1984:65

Acórdão de 11.7.1985, *Remia BV e o. c. Comissão*, 42/84, EU:C:1985:327

Acórdão de 28.1.1986, *Pronuptia de Paris GmbH c. Pronuptia de Paris Irmgard Schillgallis*, 161/84, EU:C:1986:41

A “abordagem mais económica” ao Direito europeu da concorrência

- Acórdão de 27.9.1988, *Bayer AG e Maschinenfabrik Hennecke GmbH c. Heinz Süllhöfer*, 65/86, EU:C:1988:448
- Acórdão de 11.1.1990, *Sandoz Prodotti Farmaceutici c. Comissão*, C-277/87, EU:C:1990:6
- Acórdão de 28.2.1991, *Stergios Delimitis c. Henninger Bräu*, C-234/89, EU:C:1991:91
- Acórdão de 15.12.1994, *Gøttrup-Klim e.a. Grovwareforeninger c. Dansk Landbrugs Grovareselskab AmbA*, C-250/92, EU:C:1994:413, adiante “Acórdão *Gøttrup-Klim*”
- Acórdão de 28.5.1998, *John Deere Ltd c. Comissão*, C-7/95 P, EU:C:1998:256
- Acórdão de 8.7.1999, *Comissão c. Anic Partecipazioni SpA.*, C-49/92 P, EU:C:1999:356
- Acórdão de 8.7.1999, *Hüls AG c. Comissão*, C-199/92 P, EU:C:1999:358
- Acórdão de 21.9.1999, *Albany International BV c. Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie*, C-67/96, EU:C:1999:430
- Acórdão de 12.9.2000, *Pavel Pavlov e o. c. Stichting Pensioenfonds Medische Specialisten*, C-180/98 a C-184/98, EU:C:2000:428
- Acórdão de 20.9.2001, *Courage Ltd c. Bernard Crehan*, C-453/99, EU:C:2001:465
- Acórdão de 19.2.2002, *JCJ Wouters e o. c. Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten*, C-309/99, EU:C:2002:98
- Acórdão de 9.9.2003, *Conorzio Industrie Fiammiferi (CIF) c. Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, C-198/01, EU:C:2003:430
- Acórdão de 6.1.2004, *BAI e Comissão c. Bayer AG*, C-02/01 P e C-03/01 P, EU:C:2004:2
- Acórdão de 7.1.2004, *Aalborg Portland e o. c. Comissão*, C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P e C-219/00 P, EU:C:2004:6
- Acórdão de 6.4.2006, *General Motors BV c. Comissão*, C-551/03 P, EU:C:2006:229
- Acórdão de 29.6.2006, *Showa Denko KK c. Comissão*, C-289/04 P, EU:C:2006:431
- Acórdão de 29.6.2010, *Comissão c. Alrosa*, C-441/07 P, EU:C:2010:377
- Acórdão de 23.11.2006, *Asnef-Equifax e o. c. Ausbanc*, C-238/05, EU:C:2006:734
- Acórdão de 15.3.2007, *British Airways plc c. Comissão*, C-95/04 P, EU:C:2007:166
- Acórdão de 16.9.2008, *Lélos kai sia e o. c. GlaxoSmithKline*, C-468/06 a C-478/06, EU:C:2008:504
- Acórdão de 20.11.2008, *Competition Authority v. Beef Industry Development Society Ltd e o.*, C-209/07, EU:C:2008:643
- Acórdão de 19.3.2009, *Archer Daniels Midland c. Comissão*, C-510/06 P, EU:C:2009:166
- Acórdão de 4.6.2009, *T-Mobile e o. c. Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit*, C-8/08, EU:C:2009:343
- Acórdão de 6.10.2009, *GlaxoSmithKline Services Unlimited c. Comissão*, C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P e C-519/06 P, EU:C:2009:610
- Acórdão de 29.6.2010, *Comissão c. Alrosa*, C-441/07 P, EU:C:2010:377
- Acórdão de 17.2.2011, *Konkurrensverket c. TeliaSonera Sverige AB*, C-52/09, EU:C:2011:83
- Acórdão de 14.6.2011, *Pfleiderer AG c. Bundeskartellamt*, C-360/09, EU:C:2011:389
- Acórdão de 4.10.2011, *Football Association Premier League Ltd e o. c. QC Leisure e o.*, C-403/08 e C-429/08, EU:C:2011:631
- Acórdão de 13.10.2011, *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique SAS c. Président de l'Autorité de la concurrence*, C-439/09, EU:C:2011:649
- Acórdão de 17.11.2011, *Comissão c. Itália*, C-496/09, EU:C:2011:740
- Acórdão de 27.3.2012, *Post Danmark c. Konkurrenceradet*, C-209/10, EU:C:2012:172

A “abordagem mais económica” ao Direito europeu da concorrência

Acórdão de 19.4.2012,
Tomra Systems ASA e o. c. Comissão, C-549/10 P,
EU:C:2012:221

Acórdão de 13.12.2012,
Expedia Inc. c. Autorité de la concurrence e o., C-226/11, EU:C:2012:795

Acórdão de 28.2.2013,
Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas c. Autoridade da Concorrência, C-1/12, EU:C:2013:127

Acórdão de 14.3.2013,
Allianz Hungária Biztosító Zrt. e o. c. Gazdasági

Versenyhivatal, C-32/11, EU:C:2013:160

Acórdão de 11.7.2013,
Gosselin Group c. Comissão, C-429/11 P, EU:C:2013:463

Acórdão de 4.9.2014, *API e o. c. Ministero delle Infrastrutture*, C-184/13 a C-187/13, C-194/13, C-195/13 e C-208/13, EU:C:2014:2147

Acórdão de 11.9.2014,
MasterCard e o. c. Comissão, C-382/12 P, EU:C:2014:2201

Acórdão de 11.9.2014,
Groupement des Cartes Bancaires c. Comissão, C-67/13 P, EU:C:2014:2204

Acórdão de 16.7.2015, *ING Pensii c. Consiliul Concurenței*, C-174/14, EU:C:2015:484

Acórdão de 26.11.2015,
SIA Maxima Latvija c. Konkurences padome, C-345/14, EU:C:2015:784

Acórdão de 20.1.2016,
Toshiba Corporation c. Comissão, C-373/14 P, EU:C:2016:26

TRIBUNAL GERAL

Acórdão de 15.7.1994,
Matra Hachette SA c. Comissão, T-17/93, EU:T:1994:89

Acórdão de 6.4.1995,
Tréfileurope Sales SARL c. Comissão, T-141/89, EU:T:1995:62

Acórdão de 15.9.1998,
European Night Services e o. c. Comissão, T-374, T-375, T-384 e T-388/94, EU:T:1998:198

Acórdão de 18.9.2001,
Métropole Télévision (M6) e o. c. Comissão, T-112/99, EU:T:2001:215

Acórdão de 6.6.2002,
Airtours Plc c. Comissão, T-342/99, EU:T:2002:146

Acórdão de 22.10.2002,
Schneider Electric SA c. Comissão, T-310/01, EU:T:2002:254

Acórdão de 25.10.2002,
Tetra Laval BV c. Comissão, T-5/02, EU:T:2002:264

Acórdão de 30.9.2003,
Atlantic Container Line e o. c. Comissão, T-191/98, T-212/98 a T-214/98, EU:T:2003:245

Acórdão de 30.9.2003,
Manufacture française des pneumatiques Michelin c. Comissão, T-203/01, EU:T:2003:250

Acórdão de 8.7.2004,
Mannesmannröhren-Werke AG c. Comissão, T-44/00, EU:T:2004:218

Acórdão de 15.3.2000,
Cimenteries CBR e o., T-25/95 e o., EU:T:2000:77

Acórdão de 14.12.2005,
General Electric Company c. Comissão, T-201/01, EU:T:2005:456

Acórdão de 2.5.2006, *O2 GmbH e o. c. Comissão*, T-328/03, EU:T:2006:116

Acórdão de 27.9.2006,
GlaxoSmithKline Services c. Comissão, T-168/01, EU:T:2006:265

Acórdão de 14.12.2006,
Raiffeisen Zentralbank Österreich AG e o. c. Comissão, T-259/02 a T-264/02 e T-271/02, EU:T:2006:396

Acórdão de 30.1.2007,
France Télécom SA c. Comissão, T-340/03, EU:T:2007:22

Acórdão de 14.4.2011,
Visa Europe e Visa International c. Comissão, T-461/07, EU:T:2011:181

Acórdão de 16.6.2011,
FMC Foret SA c. Comissão, T-191/06, EU:T:2011:277

Acórdão de 16.6.2011,
Ziegler SA c. Comissão, T-199/08, EU:T:2011:285

A “abordagem mais económica” ao Direito europeu da concorrência

Acórdão de 24.5.2012, <i>MasterCard Inc. e o. c. Comissão</i> , T-111/08, EU:T:2012:260	Tribunal Geral, no Acórdão de 28.6.2016, <i>Telefónica c. Comissão</i> , T-216/13, EU:T:2016:369, por publicar	Acórdão de 8.9.2016, <i>Merck c. Comissão</i> , T-470/13, EU:T:2016:452, por publicar
Acórdão de 29.11.2012, <i>Groupement des Cartes Bancaires c. Comissão</i> , T-491/07, EU:T:2012:633	Acórdão de 8.9.2016, <i>Sun Pharmaceutical e Ranbaxy c. Comissão</i> , T-460/13, EU:T:2016:453, por publicar	Acórdão de 8.9.2016, <i>Xelia Pharmaceuticals e Alpharma c. Comissão</i> , T-471/13, por publicar
Acórdão de 27.2.2014, <i>LG Display e o. c. Comissão</i> , T-128/11, EU:T:2014:88, por publicar	Acórdão de 8.9.2016, <i>Arrow Group e Arrow Generics c. Comissão</i> , T-467/13, EU:T:2016:450, por publicar	Acórdão de 8.9.2016, <i>Lundbeck c. Comissão</i> , T-472/13, EU:T:2016:449, por publicar
Acórdão de 12.6.2014, <i>Intel Corp. c. Comissão</i> , T-286/09, EU:T:2014:547, por publicar	Acórdão de 8.9.2016, <i>Generics (UK) c. Comissão</i> , T-469/13, EU:T:2016:454, por publicar	Acórdão de 13.12.2016, <i>Printeos e o. c. Comissão</i> , T-95/15, EU:T:2016:722, por publicar

LEGISLAÇÃO EUROPEIA

Regulamento (CEE) n.º 17 do Conselho, de execução dos artigos 85.º e 86.º do Tratado, JO 13, de 21.2.1962

Regulamento (CE) n.º 2790/1999, de 22.12.1999, relativo à aplicação do n.º 3 do artigo 81.º do Tratado CE a determinadas categorias de acordos verticais e práticas concertadas, JO L 336, de 29.12.1999

Regulamento (CE) n.º 2658/2000 da Comissão, de 29.11.2000, relativo à aplicação do n.º 3 do artigo 81.º do Tratado a certas categorias de acordos de especialização, JO L 304, de 5.12.2000

Regulamento (CE) n.º 2659/2000 da Comissão, de 29.11.2000, relativo à aplicação do n.º 3 do artigo 81.º do Tratado CE a certas categorias de acordos de investigação e desenvolvimento, JO L 304, de 5.12.2000

Regulamento (CE) n.º 139/2004 do Conselho, de 20.1.2004, relativo ao controlo das concentrações de empresas, JO L 24, de 29.1.2004

Regulamento (CE) n.º 773/2004 da Comissão relativo à instrução de processos

pela Comissão para efeitos dos artigos 81.º e 82.º do Tratado CE, JO L 123, de 2.4.2004

Regulamento (CE) n.º 622/2008 da Comissão, de 30.6.2008, que altera o Regulamento (CE) n.º 773/2004, no que se refere à condução de procedimentos de transação nos processos de cartéis, JO L 171, de 1.7.2008

Regulamento (UE) n.º 330/2010 da Comissão, de 20.4.2010, relativo à aplicação do artigo 101.º, n.º 3, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia a determinadas categorias de acordos verticais e práticas concertadas, JO L 102, de 23.4.2010

Regulamento (UE) n.º 1217/2010 da Comissão, de 14.12.2010, relativo à aplicação do artigo 101.º, n.º 3, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia a certas categorias de acordos no domínio da investigação e desenvolvimento, JO L 335, de 18.12.2010

Regulamento (UE) n.º 1218/2010 da Comissão, de 14.12.2010, relativo à aplicação do artigo 101.º, n.º 3, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia a

A “abordagem mais económica” ao Direito europeu da concorrência

certas categoriais de acordos de especialização, JO L 335, de 18.12.2010

Diretiva 2014/104/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26.11.2014, relativa a certas regras que regem as ações

de indemnização no âmbito do direito nacional por infração às disposições do direito da concorrência dos Estados-Membros e da União Europeia, JO L 349, de 5.12.2014

DECISÕES DA COMISSÃO

Decisão da Comissão, de 11.3.1964, no proc. IV/A.00061, *Grosfillex-Fillirstorf*

Decisão da Comissão, de 29.12.1970, no proc. IV.25107, *Carreaux céramiques*

Decisão da Comissão, de 25.11.1980, no proc. IV/29.702, *Johnson & Johnson*

Decisão da Comissão, de 11.12.1980, no proc. IV/26.912, *Hennessy-Henkel*

Decisão da Comissão, de 4.7.1984, no proc. IV/30810, *Fibras Sintéticas*

Decisão da Comissão, de 19.7.1984, no proc. IV/30863, *BPCL/ICI*

Decisão da Comissão, de 13.7.1987, no proc. IV/31.741, *Sandoz*

Decisão da Comissão, de 17.2.1992, nos proc. IV/31.370 e 31.446, *UK Tractors*

Decisão da Comissão, de 16.9.1998, no proc. IV/35.134, *Trans-Atlantic Conference Agreement*

Decisão da Comissão, de 9.8.2001, no proc. COMP/29.373, *Visa Internacional*

Decisão da Comissão de 24.7.2002, no proc. COMP/29.373, *Visa Internacional – Comissão Interbancária Multilateral*

Decisão da Comissão, de 26.5.2004, no proc. COMP/C-3/37.980, *Souris-Topps*

Decisão da Comissão, de 24.6.2004, no proc. COMP/A.38549, *Ordem dos Arquitetos Belga*

Decisão da Comissão, de 26.10.2004, no proc. COMP/38.662, *GDF/ENEL/ENI*

Decisão da Comissão, de 5.10.2005, nos proc. COMP/E2/36623, 36820, 37275, *SEP e o./Automobiles Peugeot SA*

Decisão da Comissão, de 12.4.2006, no proc. COMP/B/1/38348, *Repsol CPP*

Decisão da Comissão, de 15.06.2006, no proc. COMP/A.37.507/F3, *AstraZeneca*

Decisão da Comissão, de 3.10.2007, no proc. COMP/D1/37860, *Morgan Stanley/Visa International e Visa Europe*

Decisão da Comissão, de 19.12.2007, *Mastercard e o.*, proc. apensos COMP/34.579, COMP/36.518 e COMP/38/580

Decisão da Comissão, de 17.10.2008, no proc. COMP/D1/38606, *Groupement des Cartes Bancaires*

Decisão da Comissão, de 16.7.2008, no proc. COMP/C-2/38.698, *CISAC*

Decisão da Comissão de 15.10.2008, no proc. COMP/39188, *Bananas*

Decisão da Comissão de 13.5.2009, *Intel*, proc. COMP/C-3/37.990

Decisão da Comissão, de 14.10.2009, no proc. COMP/39416, *Classificação de navios*

Decisão da Comissão, de 8.12.2010, no proc. COMP/39510, *Ordre national des Pharmaciens*

Decisão da Comissão, de 18.6.2012, no proc. COMP/39736, *Siemens/Areva*

Decisão de 12.12.2012, proc. COMP/39847 – *E-Books*

Decisão da Comissão, de 23.1.2013, no proc. COMP/39.839, *Telefónica/Portugal Telecom*

Decisão da Comissão, de 23.5.2013, no proc. AT.39595, *Continental/United/Lufthansa/Air Canada*

A “abordagem mais económica” ao Direito europeu da concorrência

Decisão da Comissão, de 19.6.2013, no proc. AT.39226, *Lundbeck*

Decisão da Comissão de 25.7.2013, no proc. COMP/39847, *E-Books*

Decisão da Comissão, de 4.12.2013, no proc. AT.39914, *Euribor*

Decisão da Comissão de 10.12.2013, no proc. AT.39685, *Fentanilo*

Decisão da Comissão, de 26.2.2014, no proc. COMP/39398, *Visa MIF*

Decisão da Comissão, de 9.7.2014, no proc. AT.39612, *Servier*

Decisão da Comissão, de 10.12.2014, no proc. AT.39780, *Envelopes*

Decisão da Comissão, de 12.5.2015, no proc. AT.39964, *Air France/KLM/Alitalia/Delta*

Decisão da Comissão, de 7.7.2016, proc. AT.39850, *Transporte marítimo de mercadorias*

COMUNICAÇÕES DA COMISSÃO E OUTROS ATOS

Comissão Europeia, Comunicação da Comissão *Completing the Internal Market, White Paper from the Commission to the European Council*, COM(85) 310 final, de 14.6.1985

Comissão Europeia, Comunicação da Comissão sobre a não aplicação ou a redução de coimas nos processos relativos a acordos, decisões e práticas concertadas, JO C207, de 18.7.1996

Comissão Europeia, Livro Verde relativo à revisão das regras de controlo de concentrações, COM(96) 19 final, de 31.1.1996

Comissão Europeia, Comunicação da Comissão *Livro Branco sobre a modernização das regras de aplicação dos Artigos 85.º e 86.º do Tratado CE*, COM 1999/C 132/01, de 12.5. 1999

Comissão Europeia, *Livro Verde sobre as restrições verticais no âmbito da política comunitária da concorrência*, COM (1996) 721 final, de 22.1.1997

Comissão Europeia, Comunicação da Comissão relativa à definição de mercado relevante para efeitos do direito comunitário da concorrência, JO C 372, de 9.12.1997

Comissão Europeia, Comunicação da Comissão relativa aos acordos de pequena importância, JO C 372, de 9.12.1997

Comissão Europeia, Comunicação da Comissão relativa à cooperação entre a Comissão e as autoridades de concorrência dos Estados-Membros no que diz respeito ao tratamento dos processos abrangidos pelos artigos 85.º e 86.º do Tratado CE, JO C 313, de 15.10.1997

Comissão Europeia, Comunicação da Comissão, Orientações relativas às restrições verticais, JO C 291, de 13.10.2000

Comissão Europeia, proposta de regulamento do Conselho relativo à execução das regras de concorrência aplicáveis às empresas previstas nos artigos 81.º e 82.º do Tratado e que altera os Regulamentos (CEE) n.º 1017/68, (CEE) n.º 2988/4, (CEE) n.º 4056/86 e (CEE) n.º 3975/87 (“Regulamento de execução dos artigos 81.º e 82.º do Tratado CE”), COM(2000) 582 final, JO C 365 E/284, de 19.12.2000

Comissão Europeia, Comunicação da Comissão, Orientações sobre a aplicação do artigo 81.º do Tratado CE aos acordos de cooperação horizontal, JO C 003 de 6.1.2001

Comissão Europeia, Comunicação da Comissão relativa aos acordos de pequena importância que não restringem sensivelmente a concorrência nos termos do n.º 1 do artigo 81.º do Tratado CE, ‘*De Minimis*’, JO C 368/13, de 22.12.2001

Comissão Europeia, Comunicação da Comissão *Livro Verde relativo à revisão do*

A “abordagem mais económica” ao Direito europeu da concorrência

Regulamento (CEE) n.º 4064/89 do Conselho, COM(2001) 745 final, de 11.12.2001

Comissão Europeia, Comunicação da Comissão relativa à imunidade em matéria de coimas e à redução do seu montante nos processos relativos a cartéis, JO C 45/3, de 19.2.2002

Comissão Europeia, *Commission Staff Working Document, “Guidance on restrictions of competition by ‘object’ for the purpose of defining which agreements may benefit from the De Minimis Notice*, SWD(2014) 198 final, de 25.6.2014

Comissão Europeia, Orientações da Comissão relativas à aplicação do n.º 3 do artigo 81.º do Tratado, J.O. C 101, de 27.4.2004

Comissão Europeia, Comunicação da Comissão sobre a cooperação no âmbito da rede de autoridades de concorrência, JO C 101, de 27.4.2004

Comissão Europeia, Comunicação da Comissão sobre a cooperação entre a Comissão e os tribunais dos Estados-Membros da UE na aplicação dos artigos 81.º e 82.º do Tratado CE, JO C101, de 27.4.2004

Comissão Europeia, Comunicação da Comissão relativa ao tratamento de denúncias pela Comissão nos termos dos artigos 81.º e 82.º do Tratado CE, JO C 101, de 27.4.2004

Comissão Europeia, Comunicação da Comissão sobre a orientação informal relacionada com questões novas relativas aos artigos 81.º e 82.º do Tratado CE que surjam em casos individuais (cartas de orientação), JO C 101, de 27.4.2004

Comissão Europeia, Comunicação da Comissão, orientações sobre o conceito de afetação do comércio entre os Estados-Membros previsto nos artigos 81.º e 82.º do Tratado, JO C 101, de 27.4.2004

Comissão Europeia, Comunicação da Comissão, orientações para a apreciação das concentrações horizontais nos termos do regulamento do Conselho relativo ao controlo das concentrações de empresas, JO C 31, de 5.2.2004

Comissão Europeia, Comunicação da Comissão, *Relatório sobre a concorrência nos serviços das profissões liberais*, COM(2004) 83 final, de 9.2.2004

Comissão Europeia, Comunicação da Comissão relativa às restrições diretamente relacionadas e necessárias às concentrações, JO C 56, de 5.3.2005

Comissão Europeia, *Livro Verde sobre ações de indemnização devido à violação das regras comunitárias no domínio antitrust*, COM(2005) 672 final, de 19.12.2005

Comissão Europeia, *Discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses*, dezembro de 2005

Comissão Europeia, Comunicação da Comissão, Orientações para o cálculo das coimas aplicadas por força do n.º 2, alínea a), do artigo 23.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003, JO C 210, de 1.9.2006

Comissão Europeia, Comunicação da Comissão relativa à imunidade em matéria de coimas e à redução do seu montante nos processos relativos a cartéis, JO C 298, de 8.12.2006

Comissão Europeia, Comunicado de 23.6.2007, *Statement by European Commissioner for Competition Neelie Kroes on results of June 21-22 European Council - Protocol on Internal Market and Competition*, MEMO/07/250

Comissão Europeia, *Livro Branco sobre ações de indemnização por incumprimento das regras comunitárias no domínio antitrust*, COM(2008) 165 final, de 2.4.2008

Comissão Europeia, Comunicação consolidada da Comissão em matéria de competência ao abrigo do Regulamento (CE) n.º 139/2004 do Conselho relativo ao controlo das concentrações de empresas, JO C 95, de 16.4.2008

Comissão Europeia, Comunicação da Comissão relativa à condução de procedimentos de transação para efeitos da adoção de decisões nos termos do artigo 7.º e do artigo 23.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003 do Conselho nos processos de cartéis, JO C 167, de 2.7.2008

A “abordagem mais económica” ao Direito europeu da concorrência

Comissão Europeia, Comunicação da Comissão, Orientações para a apreciação das concentrações não horizontais nos termos do Regulamento do Conselho relativo ao controlo das concentrações de empresas, JO C 265, de 18.10.2008

Comissão Europeia, Comunicação da Comissão sobre as medidas de correção passíveis de serem aceites nos termos do Regulamento (CE) n.º 139/2004 do Conselho e do Regulamento (CE) n.º 802/2004 da Comissão, JO C 267, de 22.10.2008

Comissão Europeia, Comunicação da Comissão, Orientação sobre as prioridades da Comissão na aplicação do artigo 82.º do Tratado CE a comportamentos de exclusão abusivos por parte de empresas em posição dominante, JO C 45, de 24.2.2009

Comissão Europeia, Comunicação da Comissão, *Relatório final sobre o inquérito ao sector farmacêutico*, de 8.7.2009

Comissão Europeia, Comunicação da Comissão, Orientações relativas às restrições verticais, JO C 130, de 19.5.2010

Comissão Europeia, MEMO/11/307, de 17.5.2011: “*Antitrust: Commission confirms unannounced inspections in the container liner shipping sector*”

Comissão Europeia, Comunicação da Comissão, Orientações sobre a aplicação do artigo 101.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia aos acordos de cooperação horizontal, JO C 11, de 14.1.2011

Comissão Europeia, Comunicação da Comissão, *Modernização da política da UE no domínio dos auxílios estatais*, COM(2012) 209 final, de 8.5.2012

Comissão Europeia, Comunicação da Comissão sobre a quantificação dos danos nas ações de indemnização que tenham por fundamento as infrações aos artigos 101.º e 102.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, JO C 167, de 13.6.2013

Comissão Europeia, Comunicação da Comissão, Orientações sobre a aplicação do artigo 101.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia aos

acordos de transferência de tecnologia, JO C 89, de 28.3.2014

Comissão Europeia, Comunicação da Comissão, *Rumo a um controlo mais eficaz das concentrações da UE*, COM(2014) 449 final, de 9.7.2014

Comissão Europeia, Comunicação da Comissão relativa aos acordos de pequena importância que não restringem sensivelmente a concorrência nos termos do artigo 101.º, n.º 1 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (*Comunicação De Minimis*), JO C 291, de 20.8.2014

Comissão Europeia, Comunicação da Comissão, *7th Report on the Monitoring of Patent Settlements*, de 2.12.2015

BIBLIOGRAFIA

- AAVV. (2011). *Competition Policy and the Economic Approach - Foundations and Limitations* (J. DREXL, W. KERBER, & R. PODSZUN Eds.). Cheltenham: Edward Elgar.
- AAVV. (2012). *The Goals of Competition Law* (D. ZIMMER Ed.). Cheltenham: Edward Elgar Publishing.
- AGERBEEK, F. R. (2015). Cartels and proof of cartels - Public enforcer's perspective. In F. M. WIJCKMANS & F. TUYTSCHAEVER (Eds.), *Horizontal agreements and cartels in EU Competition Law*. Oxford: Oxford University Press.
- AHLBORN, C., & GRAVE, C. (2006). Walter Eucken and Ordoliberalism: An Introduction from a consumer welfare perspective. *Competition Policy International*, 2(2), 197-217.
- AKMAN, P. (2009a). 'Consumer Welfare' and Article 82 EC: Practice and Rhetoric. *World Competition*, 32(1), 71-90.
- AKMAN, P. (2009b). Searching for the Long Lost Soul of Article 82 EC. *Oxford Journal of Legal Studies*, 29(2), 267-303.
- AKMAN, P. (2010). The European Commission's Guidance on Article 102 TFEU: From Inferno to Paradiso? *The Modern Law Review*, 73(4), 605-630.
- AKMAN, P. (2012). *The concept of abuse in EU Competition Law: Law and economic approaches*. Oxford: Hart Publishing.
- ALBAEK, S. (2011). The European Commission's priorities for enforcement of Article 102 TFEU. In J. BASEDOW & W. WURMNEST (Eds.), *Structure and effects in EU competition law* (pp. 41-51). Alphen aan den Rijn: Kluwer Law.
- AMARAL, M. L. (1996). Carl Schmitt e Portugal - O problema dos métodos em Direito constitucional português. In J. MIRANDA (Ed.), *Perspectivas Constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976*. Coimbra: Coimbra Editora.
- ANDREANGELI, A. (2010). Modernizing the Approach to Article 101 TFEU in Respect to Horizontal Agreements: Has the Commission's Interpretation Eventually 'Come of Age'. *Concorrência e Regulação*, 1(4), 195.
- ANDREANGELI, A. (2011). From Mobile Phones to Cattle: How the Court of Justice Is Reframing the Approach to Article 101 (Formerly 81 EC Treaty) of the EU Treaty. *World Competition*, 34(2), 215-243.
- ANDRIYCHUK, O. (2010a). Dialectical Antitrust: An Alternative Insight into the Methodology of the EC Competition Law Analysis in a Period of Economic Downturn. *European Competition Law Review*, 31(4), 155-164.
- ANDRIYCHUK, O. (2010b). Rediscovering the Spirit of Competition: On the Normative Value of the Competitive Process. *European Competition Journal*, 6(3), 575.

- ANTUNES, L. M. P. (1991). Agreements and Concerted Practices under EEC Competition Law: Is The Distinction Relevant? *Yearbook of European Law*, 11, 57-77.
- ARAÚJO, F. (2005). *Introdução à Economia* (3.ª ed.). Coimbra: Almedina.
- AREEDA, P. (1990). Essential Facilities: An Epithet in Need of Limiting Principles. *Antitrust Law Journal*, 58(4), 841.
- AREEDA, P., & HOVENKAMP, H. (2006). *Antitrust Law - An Analysis of Antitrust Principles and Their Application* (3.ª ed. Vol. I). Nova York: Aspen Publishers.
- AREEDA, P., & HOVENKAMP, H. (2010). *Antitrust Law - An Analysis of Antitrust Principles and Their Application* (3.ª ed. Vol. VII). Austin: Aspen Publishers.
- ARROW, K. (1962). Economic Welfare and the Allocation of Resources for Inventions. In P. B. NELSON (Ed.), *The Rate and Direction of Inventive Activity* (pp. 609). Princeton: Princeton Univ. Press.
- ASCIONE, A., & MOTTA, M. (2009). Settlements in cartel cases. In C.-D. EHLERMANN & M. MARQUIS (Eds.), *European Competition Law Annual 2008: Antitrust settlements under EC Competition Law*. Oxford e Portland: Hart Publishing.
- AZOULAI, L. (2008). The Court of Justice and the Social Market Economy: The Emergence of an Ideal and the Conditions for its Realization. *Common Market Law Review*, 45(5), 1335-1356.
- BAILEY, D. (2012). Restrictions of Competition by Object Under Article 101 TFEU. *Common Market Law Review*, 49, 559-600.
- BAKER, J. B. (2003). The Case for Antitrust Enforcement. *Journal of Economic Perspectives*, 17.
- BANASEVIC, N., RYAN, S., & WEZENBEEK, R. (2014). Financial Services. In J. FAULL & A. NIKPAY (Eds.), *The EU Law of Competition*. Oxford: Oxford University Press.
- BAQUERO CRUZ, J. (2002). *Entre competencia y libre circulación -- El Derecho constitucional económico de la Comunidad Europea*. Madrid: Civitas.
- BARBEZAT, D. (1989). Cooperation and Rivalry in the International Steel Cartel, 1926-1933. *The Journal of Economic History*, 49(2), 435-447.
- BARROS, P. P. (2003). Looking behind the curtain - effects from modernization of European Union competition policy. *European Economic Review*, 47(4), 613-624.
- BASEDOW, J. (2007). The Modernization of European Competition Law: A Story of Unfinished Concepts. *Texas International Law Journal*, 42, 429-439.
- BASEDOW, J. (2008). Kartellrecht im Land der Kartelle. *Wirtschaft und Wettbewerbs*, 2008(3), 270-273.
- BELLAMY, D., & CHILD, G. (2013). *European Union Law of Competition* (V. ROSE & D. BAILEY Eds. 7.ª ed.). Oxford: Oxford University Press.
- BENGTTSSON, C., BADIA, J. M. C. B., & KADAR, M. (2014). Mergers. In J. FAULL & A. NIKPAY (Eds.), *The EU Law of Competition* (pp. 539). Oxford: Oxford University Press.
- BENNETT, M., DÍAZ, F. E. G., LEUPOLD, H., VERNET, A., & WOODS, D. (2014). Horizontal Cooperation Agreements. In J. FAULL & A. NIKPAY (Eds.), *The EU Law of Competition*. Oxford: Oxford University Press.

- BISHOP, S., & RIDYARD, D. (2002). E.C. Vertical Restraints Guidelines: Effects-Based or Per Se Policy? *European Competition Law Review*, 23(1), 35-38.
- BISHOP, S., & WALKER, M. (2010). *The Economics of EC Competition Law: Concepts, Application and Measurement* (3.^a ed.). Londres: Sweet & Maxwell.
- BLOOM, M. (2005). The Great Reformer: Mario Monti's Legacy in Article 81 and Cartel Policy. *Competition Policy International*, 1(1), 55-78.
- BORK, R. H. (1959). Ancillary restraints and the Sherman Act. *Section of Antitrust Law*, 15(Proceedings at the Annual Meeting, Miami, Florida, August 24 and 25, 1959), 211-234.
- BORK, R. H. (1965). The Rule of Reason and the Per Se Concept: Price Fixing and Market Division. *Yale Law Journal*, 74(5), 775-847.
- BORK, R. H. (1966a). Legislative Intent and the Policy of the Sherman Act. *Journal of Law and Economics*, IX, 7-48.
- BORK, R. H. (1966b). The Rule of Reason and the Per Se Concept: Price Fixing and Market Division. *The Yale Law Journal*, 75(3), 373-475.
- BORK, R. H. (1967). The Goals of Antitrust Policy. *American Economic Review (Papers and Proceedings)*, 57(2), 242-253.
- BORK, R. H. (1993). *The Antitrust Paradox - A Policy at War With Itself. With a New Introduction and Epilogue*. Nova Iorque: Free Press.
- BOUTERSE, R. B. (1994). *Competition and integration : what goals count? : EEC competition law and goals of industrial, monetary, and cultural policy*. Deventer: Kluwer Law and Taxation Publishers.
- BRODLEY, J. F. (1987). The Economic Goals of Antitrust: Efficiency, Consumer Welfare, and Technological Progress. *New York University Law Review*, 62(5), 1020.
- BUDZINSKI, O. (2008). *The Governance of Global Competition: Competence Allocation in International Competition Policy*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing.
- BUTTIGIEG, E. (2005). Consumer Interests under the EC's Competition Rules on Collusive Practices. *European Business Law Review*, 16(3), 643-718.
- BUXBAUM, H. L. (2005). German Legal Culture and the Globalization of Competition Law: A Historical Perspective on the Expansion of Private Antitrust Enforcement. *Berkeley Journal of International Law*, 23(2), 101-122.
- CALDWELL, P. C., & SCHEUERMAN, W. E. (2000). *From Liberal Democracy to Fascism: Legal and Political Thought in the Weimar Republic*. Boston-Leiden: Humanities Press.
- CHALMERS, D., DAVIES, G., & MONTI, G. (2011). *European Union Law* (2.^a ed.). Cambridge: Cambridge University Press.
- CHIRITA, A. D. (2014). A legal-historical review of the EU competition rules. *International & Comparative Law Quarterly*, 63(2), 281-316.
- CLARK, J. M. (1940). Toward a Concept of Workable Competition. *American Economic Review*, 30(2), 241-256.

A “abordagem mais económica” ao Direito europeu da concorrência

- CLARK, J. M. (1961). *Competition as a Dynamic Process*. Washington, D.C.: The Brookings Institution.
- COASE, R. H. (1937). The Nature of the Firm. *Economica (New Series)*, 4(16), 386.
- COASE, R. H. (1964). Discussion. *American Economic Review*, 54(May), 192-197.
- COLOMBANI, A., KLOUB, J., & SAKKERS, E. (2014). Cartels. In J. FAULL & A. NIKPAY (Eds.), *The EU Law of Competition* (pp. 1023-1362). Oxford: Oxford University Press.
- CONSTANTINESCO, L.-J. (1977). La constitution économique de la C.E.E. *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, 3(2), 244-281.
- CORDEIRO, A. J. d. S. R. (1987). As coligações de empresas e os direitos português e comunitário da concorrência. *Revista de Direito e Estudos Sociais*, XXIX(1), 81-137.
- COSMA, H. A., & WHISH, R. (2003). Soft Law in the Field of EU Competition Policy. *European Business Law Review*, 14(1), 25-56.
- CRAIG, P. (2008). The Treaty of Lisbon: Process, architecture and substance. *European Law Review*, 33(2), 137.
- CRAIG, P., & de BÚRCA, G. (2011). *EU Law: Text, Cases and Materials* (5.^a ed.). Oxford: Oxford University Press.
- CRANE, D. A. (2007). Antitrust Modesty. [HOVENKAMP, Herbert, *The Antitrust Enterprise - Principle and Execution*, Cambridge, Massachusetts: Harvard Univ. Press, 2005.]. *Michigan Law Review*, 105(6), 1193-1212.
- CUNHA, C. (2005). *Controlo das concentrações de empresas (Direito Comunitário e Direito Português)*. Coimbra: Almedina.
- DABBAH, M. M. (2003). *The Internationalisation of Antitrust Policy*. Cambridge: Cambridge Univ. Press.
- DE LA MANO, M., NAZZINI, R., & ZENGER, H. (2014). Article 102. In J. FAULL & A. NIKPAY (Eds.), *The EU Law of Competition*. Oxford: Oxford University Press.
- DEACON, D. (1996). Vertical Restraints Under EU Competition Law: New Directions. *Fordham Corp. L. Inst.*, 1995 (B. Hawk, org., 1996), 307-324.
- DREXL, J. (2009). Competition law as part of the European Constitution. In A. v. BOGDANDY & J. BAST (Eds.), *Principles of European Constitutional Law* (pp. 659-699). Oxford: Hart Publishing.
- DREXL, J. (2011). On the (a)political character of the economic approach to competition law. In J. DREXL, W. KERBER, & R. PODSZUN (Eds.), *Competition Policy and the Economic Approach: Foundations and Limitations* (pp. 312-336). Cheltenham: Edward Elgar.
- DUARTE, M. L. (2011). *União Europeia - Estática e dinâmica da ordem jurídica eurocomunitária* (Vol. I). Coimbra: Almedina.
- EASTERBROOK, F. H. (1984). The Limits of Antitrust. *Texas Law Review*, 63(1), 1.
- EHLERMANN, C.-D. (1992). The Contribution of EC Competition Policy to the Single Market. *Common Market Law Review*, 29(2), 257-282.
- EHLERMANN, C.-D. (1995). Reflections on a European Cartel Office. *Common Market Law Review*, 32, 471-486.

A “abordagem mais económica” ao Direito europeu da concorrência

- EHLERMANN, C.-D. (1996). Implementation of EC Competition Law by National Anti-Trust Authorities. *European Competition Law Review*, 17.
- EHLERMANN, C.-D. (2000). The Modernization of EC Antitrust Policy: A Legal and Cultural Revolution. *Common Market Law Review*, 37(3), 537-390.
- EHLERMANN, C.-D., & LAUDATI, L. L. (1998). *European Competition Annual 1997: Objectives of Competition Policy*. Oxford: Hart Publishing.
- ESCH, B. V. d. (1992). The Principles of Interpretation Applied by the Court of Justice of the European Communities and Their Relevance for the Scope of the EEC Competition Rules. *Fordham Corp. L. Inst., 1991 (B. HAWK org.,1992)*, 223.
- EUROPEIA, C. (1980). *IX Relatório sobre a Política da Concorrência*.
- EUROPEIA, C. (1981). *X Relatório sobre Política da Concorrência*.
- EUROPEIA, C. (1982). *XI Relatório sobre a Política da Concorrência*.
- EUROPEIA, C. (1983). *XIII Relatório sobre a Política de Concorrência*.
- EUROPEIA, C. (1985). *XIV Relatório sobre a Política de Concorrência*.
- EUROPEIA, C. (1990). *XIX Relatório sobre a Política de Concorrência*.
- EUROPEIA, C. (1996). *XXV Relatório sobre a Política de Concorrência*.
- EUROPEIA, C. (1999). *XXVIII Relatório sobre a Política de Concorrência*.
- EUROPEIA, C. (2000). *XXIX Relatório sobre a Política de Concorrência*.
- EUROPEIA, C. (2001). *XXX Relatório sobre a Política de Concorrência*.
- EUROPEIA, C. (2003). *XXXII Relatório sobre a Política de Concorrência*.
- EUROPEIA, C. (2004). *XXXIII Relatório sobre a Política de Concorrência*.
- EUROPEIA, C. (2010). *XL Relatório sobre a Política de Concorrência*.
- EUROPEIA, C. (2013). *XLIII Relatório sobre a Política de Concorrência*.
- EUROPEIA, C. (2014). *To commit or not to commit? Deciding between prohibition and commitments*. Retrieved from
- EVANS, D. S., & PADILLA, A. J. (2005). Designing Antitrust Rules for Assessing Unilateral Practices: A Neo-Chicago Approach. *University of Chicago Law Review*, 72(1), 73-98.
- EVANS, D. S., & SCHMALENSEE, R. (2007). The Industrial Organization of markets with two sided platforms. *Competition Policy International*, 3(1).
- EZRACHI, A. (2010). *EU Competition Law: An Analytical Guide to the Leading Cases* (2.^a ed.). Oxford e Portland: Hart Publishing.
- FALKENBERG, B. P. (2015). Trimming the Scope of Objective Restrictions in European Antitrust Enforcement. *International Trade Law & Regulation*(21), 1.
- FAULL, J., KJOLBYE, L., LEUPOLD, H., & NIKPAY, A. (2014). Article 101. In J. FAULL & A. NIKPAY (Eds.), *The EU Law of Competition* (3.^a ed.). Oxford: Oxford University Press.
- FERREIRA, J. P. (2010). Práticas concertadas entre empresas, troca de informações e infrações concorrenciais pelo seu objeto e/ou efeito - comentário ao Acórdão do Tribunal de Justiça T-Mobile. *Concorrência e Regulação*, 1(2), 355-370.

A “abordagem mais económica” ao Direito europeu da concorrência

- FERREIRA, J. P. (2011). A aplicação da Lei da Concorrência às decisões de associações de empresas na jurisprudência do Tribunal do Comércio de Lisboa. *Concorrência e Regulação*, 2(6), 315-353.
- FERRO, M. S. (2015). *A definição de mercados relevantes no Direito europeu e português da concorrência: teoria e prática*. Coimbra: Almedina.
- FIEBIG, A. (1999). Crisis Cartels and the Triumph of Industrial Policy over Competition Law in Europe. *Brooklyn Journal of International Law*, 25(3), 607.
- FORRESTER, I. S. (2001). The Modernisation of EC Antitrust Policy: Compatibility, Efficiency, Legal Security. In C.-D. EHLERMANN & I. ATANASIU (Eds.), *European Competition Law Annual 2000: The Modernisation of EC Antitrust Policy* (pp. 115). Oxford: Hart Publishing.
- FORRESTER, I. S., & NORALL, C. (1984). The Laicization of Community Law – Self Help and the Rule of Reason: How Competition Law is and could be applied. *Fordham Corp. L. Inst.*, 1983 (B.Hawk ed. 1984), 305-346.
- FOX, E. M. (1981). The Modernization of Antitrust: A New Equilibrium. *Cornell Law Review*, 66(6), 1140.
- FOX, E. M. (1987). The Battle for the Soul of Antitrust. *California Law Review*, 75(3), 917.
- FOX, E. M. (2001). Modernisation: Efficiency, Dynamic Efficiency, and the Diffusion of Competition Law. In C.-D. EHLERMANN & I. ATANASIU (Eds.), *European Competition Law Annual 2000: The Modernisation of EC Antitrust Policy* (pp. 123-128).
- FOX, E. M. (2002). Mergers in Global Markets: GE/Honeywell and the Future of Merger Control. *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law*, 23(3), 457.
- FOX, E. M. (2003). 'We Protect Competition, You Protect Competitors'. *World Competition*, 26(2), 149-165.
- FOX, E. M. (2008). The Efficiency Paradox. In R. PITOFISKY (Ed.), *How the Chicago School Overshot the Mark* (pp. 77-88). Oxford: Oxford Univ. Press.
- FOX, E. M., & SULLIVAN, L. A. (1987). Antitrust - Retrospective and Prospective: Where Are We Coming From? Where Are We Going? *New York University Law Review*, 62(5), 936.
- FRANCO, A. L. S. (1982-1983). *Noções de Direito da Economia* (Vol. 1.^o). Lisboa: AAFDL.
- FRANCO, A. L. S., & MARTINS, G. d. O. (1993). *A Constituição Económica Portuguesa. Ensaio Interpretativo*. Coimbra: Almedina.
- FRAZER, T. (1992). *Monopoly, Competition and the Law: the regulation of business activity in Britain, Europe and America* (2.^a ed.). Londres: Harvester Wheatsheaf.
- FREIRE, M. P. d. R. V. (2008). *Eficiência económica e restrições verticais - Os argumentos de eficiência e as normas de defesa da concorrência*. Lisboa: AAFDL.
- FREIRE, M. P. d. R. V. (2011). A economia social de mercado e o mercado único dos serviços *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Luis Saldanha Sanches* (Vol. I, pp. 947-970). Coimbra: Coimbra Editora.
- GAVIL, A. I., KOVACIC, W. E., & BAKER, J. B. (2008). *Antitrust Law in Perspective: Cases, Concepts and Problems in Competition Policy*. Minnesota: Thomson/West.

- GELLHORN, E., & KOVACIC, W. E. (1994). *Antitrust Law and Economics* (4^a ed.). St. Paul, Minn.: West Publ.
- GERADIN, D. (2006). Efficiency claims in EC competition law. In H. ULLRICH (Ed.), *The evolution of European competition law - Whose regulation? Which competition?* Cheltenham: Edward Elgar Publishing.
- GERADIN, D., LAYNE-FARRAR, A., & PETIT, N. (2012). *EU Competition Law and Economics*. Oxford: Oxford University Press.
- GERARD, D. (2007). Judicial Review of Cartel Decisions. In M. SIRAGUSA & C. RIZZA (Eds.), *EU Competition Law* (Vol. Vol. 3: Cartel Law). Leuven: Claeys & Casteels.
- GERARD, D. (2012). The Effects-Based Approach under Article 101 TFEU and its Paradoxes: Modernisation at War with itself? In H. BOURGEOIS & D. WAELBROECK (Eds.), *Ten Years of Effects-Based Approach in EU Competition Law*. Bruxelles: Bruylant.
- GERBER, D. J. (1994a). Constitutionalizing the Economy: German Neo-Liberalism, Competition Law and the ‘New’ Europe. *The American Journal of Comparative Law*, 42(1), 25-84.
- GERBER, D. J. (1994b). The Transformation of European Community Competition Law. *Harvard International Law Journal*, 35(1), 97-147.
- GERBER, D. J. (1998). *Law and Competition in Twentieth Century Europe - Protecting Prometheus*. Oxford: Clarendon Press.
- GERBER, D. J. (1999). Europe and the Globalization of Antitrust Law. *Connecticut Journal of International Law*, 14(1), 15.
- GERBER, D. J. (2001). Modernising European Competition Law: A Developmental Perspective. *European Competition Law Review*, 22(4), 122-130.
- GERBER, D. J. (2008). Two Forms of Modernization in European Competition Law. *Fordham International Law Journal*, 31(1235).
- GERBER, D. J. (2010a). Convergence In The Treatment Of Dominant Firm Conduct: The United States, The European Union, And The Institutional Embeddedness Of Economics. *Antitrust Law Journal*, 76(3), 951-973.
- GERBER, D. J. (2010b). *Global Competition - Law, Markets and Globalization*. Oxford: Oxford University Press.
- GERBER, D. J. (2012). The Goals of European Competition Law: Some Distortions in the Literature - Comment on Parret. In D. ZIMMER (Ed.), *Goals of Competition Law* (pp. 86). Cheltenham: Elgar Publishing.
- GHELCKE, G. V. d. W. d., & RIVAS, J. (2012). Concerted practices and exchange of information: an overview of EU and national case law. *Concurrences*.
- GIOVANNETTI, E., & STALLIBRASS, D. (2009). Three Cases in Search of a Theory: Resale Price Maintenance in the UK. *European Competition Journal*, 5(3), 641.
- GONÇALVES PEREIRA, A., & FAUSTO DE QUADROS, C. J. (2015). *Manual de Direito Internacional Público*. Coimbra: Almedina.
- GONZÁLEZ-DÍAZ, F. E. (1995). The notion of ancillary restraints under EC Competition Law. *Fordham International Law Journal*, 19(3), 951-998.

- GORMLEY, L. W. (1995). Two Years After Keck. *Fordham International Law Journal*, 19(3), 866-886.
- GORMSEN, L. L. (2007). The Conflict Between Economic Freedom and Consumer Welfare in the Modernization of Article 82 EC. *European Competition Journal*, 3(2), 329.
- GOYDER, D. G. (2003). *EU Competition Law* (4.^a ed.). Oxford: Oxford Univ. Press.
- GRAHAM, C. (2013a). Methods for determining whether an agreement restricts competition: comment of Allianz Hungaria. *European Law Review*, 38(4), 542-551.
- GRAHAM, C. (2013b). Methods for Determining whether an Agreement Restricts Competition: Comment on Allianz Hungária. *European Law Review*(4), 542-551.
- GRASSANI, S. (2008). Oligopolies and 'pure' information exchanges in the EU: new crops are growing on the soils plowed by 'UK Tractors'. In B. E. HAWK (Ed.), *Annual proceedings of the Fordham Competition Law Institute* (pp. 675-750). Huntington: Juris Publishing.
- GROEBEN, H. v. d. (1960). A European policy on competition. *Bulletin of the European Economic Community*, 3, 5-11.
- GURIN, A., & PEEPERKORN, L. (2014). Vertical Agreements. In J. FAULL & A. NIKPAY (Eds.), *The EU Law of Competition*. Oxford: Oxford University Press.
- HARDING, C., & JOSHUA, J. M. (2010). *Regulating Cartels in Europe* (2.^a ed.). Oxford: Oxford University Press.
- HARPER, P. (2014). Groupement des Cartes Bancaires judgment - rolling back on the expansion of by object infringements. *Competition Law Journal*, 13(4), 321-328.
- HAWK, B. E. (1990). *United States, Common Market and International Antitrust: A Comparative Guide* (2.^a ed. Vol. II). Englewood Cliffs: Prentice Hall.
- HAWK, B. E. (1995). System Failure: Vertical Restraints and EC Competition Law. *Common Market Law Review*, 32(4), 973.
- HAY, G. A. (2006). Horizontal agreements: Concept and proof. *Antitrust Bulletin*, 51(4), 877.
- HEMPHILL, C. S. (2006). Paying for Delay: Pharmaceutical Patent Settlements as a Regulatory Design Problem. *New York University Law Review*, 81(5), 1553.
- HILDEBRAND, D. (2009). *The Role of Economic Analysis in the EC Competition Rules* (3.^a ed.). Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International.
- HOPPMANN, E. (1988). *Wirtschaftsordnung und Wettbewerb*. Baden Baden: Nomos.
- HORNSBY, S. B. (1987). Competition Policy in the 80's: More Policy Less Competition? *European Law Review*, 12(2), 79-101.
- HOVENKAMP, H. (1982). Distributive justice and the Antitrust Laws. *George Washington Law Review*, 1.
- HOVENKAMP, H. (1985). Antitrust Policy after Chicago. *Michigan Law Review*, 84(2), 213-284.
- HOVENKAMP, H. (2005a). *The Antitrust Enterprise - Principle and Execution*. Cambridge, Massachusetts: Harvard Univ. Press.
- HOVENKAMP, H. (2005b). *Federal Antitrust Policy* (3.^a ed.). St. Paul, Minn.: West Group.

- HOVENKAMP, H. (2008). *The Law of Vertical Integration and the Neoclassical Business Firm: 1880-1960*. U Iowa Legal Studies Research Paper No. 08-40.
- HOVENKAMP, H. (2011). *Antitrust and patent law analysis of pharmaceutical reverse payment settlements*. Retrieved from https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1741162
- HYLTON, K. N. (2003). *Antitrust Law: Economic Theory and Common Law Evolution*. Cambridge: Cambridge University Press.
- IBAÑEZ COLOMO, P. (2016). Article 101 TFEU and Market Integration. *Journal of Competition Law and Economics*, 12.
- IBAÑEZ COLOMO, P. (2012). Market failures, Transactions Costs and Article 101(1) TFEU. *European Law Review*, 37(5), 541-562.
- ITALIANER, A. (2013a, 26 de setembro de 2013). [Competitor agreements under EU Competition Law].
- ITALIANER, A. (2013b, 11 de dezembro de 2013). [To commit or not to commit, that is the question].
- ITALIANER, A. (2014). *The Object of Effects*. Paper presented at the CRA Annual Brussels Conference - Economic Developments in Competition Policy, Brussels.
- JACOBS, M. S. (1995). An Essay on the Normative Foundations of Antitrust Economics. *North Carolina Law Review*, 74(1), 219.
- JENNY, F. (2015). Worst decision of the EU Court of Justice: the *Alrosa* judgement in context and the future of commitment decisions. *Fordham International Law Journal*, 38.
- JOERGES, C. (2004). *What is Left of the European Economic Constitution?* EUI Working Papers. Department of Law. European University Institute. Badia Fiesolana.
- JOERGES, C. (2006). La constitution économique européenne en processus et en procès. *Revue Internationale de Droit Économique*, 20(3), 245.
- JOERGES, C., & RÖDL, F. (2004). 'Social Market Economy' as Europe's Social Model? EUI Working Papers. Department of Law. European University Institute. Badia Fiesolana.
- JOLIET, R. (1967). *The Rule of Reason in Antitrust Law*. Haia: Martinus Nijhoff.
- JOLIET, R. (1988). National Anti-Competitive Legislation and Community Law. *Fordham International Law Journal*, 12(2), 163-188.
- JONES, A. (2006). Analysis of agreements under U.S. and EC antitrust law -- Convergence or divergence? *Antitrust Bulletin*, 51(4), 691.
- JONES, A. (2010a). The journey toward an effects-based approach under Article 101 TFEU - The case of hardcore restraints. *The Antitrust Bulletin*, 55(4), 783-819.
- JONES, A. (2010b). Left Behind by Modernisation? Restrictions by Object Under Article 101(1). *European Competition Journal*, 6(3), 649.
- JONES, A. (2012). The Boundaries of an Undertaking in EU Competition Law. *European Competition Journal*, 8(2), 301-331.
- JONES, A., & SUFRIN, B. (2011). *EU Competition Law - Text, cases and materials* (4 ed.). Oxford: Oxford University Press.

- JONES, A., & SUFRIN, B. (2014). *EU Competition Law: Text, Cases and Materials* (5.^a ed.). Oxford: Oxford University Press.
- JOUYET, J.-P. (2007, 8.11.2007). *Déclaration de M. Jean-Pierre Jouyet, secrétaire d'Etat aux affaires européennes, sur la nécessité d'une politique de la concurrence adaptée et efficace pour le bon fonctionnement du marché intérieur*. Paper presented at the Traité de Lisbonne et concurrence, Bruxelles.
- KAPLOW, L. (2011a). An Economic Approach to Price Fixing. *Antitrust Law Journal*, 77(2), 343-449.
- KAPLOW, L. (2011b). On The Meaning of Horizontal Agreements in Competition Law. *California Law Review*, 99(3), 683-818.
- KAPLOW, L. (2013). *Competition Policy and Price Fixing*. Princeton and Oxford: Princeton University Press.
- KAPLOW, L., & SHAPIRO, C. (2007). Antitrust. In A. M. POLINSKY & S. SHAPELL (Eds.), *Handbook of Law and Economics* (Vol. 2). Oxford: North Holland.
- KERBER, W. (2007). Should Competition Law Promote Efficiency? Some reflections of an Economist on the Normative Foundations of Competition Law. In J. DREXL, L. IDOT, & J. MONEGER (Eds.), *Economic Theory and Competition Law*. Cheltenham: Edward Elgar.
- KILLICK, J., & JOURDAN, J. (2014). Cartes Bancaires: A revolution or a reminder of old principles we should never have forgotten? *Competition Policy International*.
- KING, S. (2011). The Object Box: Law, Policy or Myth? *European Competition Journal*, 7(2), 269.
- KING, S. (2015a). *Agreements that restrict competition by object under Article 101(1) TFEU: past, present and future*. (PHD), London School of Economics.
- KING, S. (2015b). How appreciable is object? The de minimis doctrine and case C-226/11 Expedia Inc. v Autorité de la concurrence. *European Competition Journal*, 11(1), 1-25.
- KIRKWOOD, J. B., & LANDE, R. H. (2008). The Fundamental Goal of Antitrust: Protecting Consumers, Not Increasing Efficiency. *Notre Dame Law Review*, 84.
- KOBAYASHI, B. H., & MURIS, T. J. (2012). Chicago, Post-Chicago, and Beyond: Time to Let Go of the 20th Century. *Antitrust Law Journal*.
- KOKKORIS, I. (2010). Should crisis cartels exist amid crises? *Antitrust Bulletin*, 55(4), 727.
- KOKKORIS, I., & SHELANSKI, H. A. (2014). *EU Merger Control - A Legal and Economic Analysis*. Oxford: Oxford University Press.
- KORAH, V. (1981). The Rise and Fall of Provisional Validity – the Need for a Rule of Reason in EEC Antitrust. *Northwestern Journal of International Law and Business*, 3(2), 320.
- KORAH, V. (1983). Exclusive licenses of patent and plant breeders' rights under EEC law after *Maize Seed*. *Antitrust Bulletin*, 699.
- KORAH, V. (1994). From legal form toward economic efficiency - article 85(1) of the EEC treaty in contrast to U.S. antitrust. In T. P. KOVALEFF (Ed.), *The Antitrust Impulse - An Economic, Historical, and Legal Analysis* (Vol. II, pp. 1107). Armonk, New York: M. E. Sharpe.
- KORAH, V. (2007). *An introductory guide to EC Competition law and practice* (9.^a ed.). Oxford e Portland: Hart Publishing.

- KOVACIC, W. E. (2003). The Modern Evolution of U.S. Competition Policy Enforcement Norms. *Antitrust Law Journal*, 71(2), 377.
- KOVACIC, W. E. (2007). The intellectual DNA of Modern US Competition Law for Dominant Firm Conduct: The Chicago/Harvard Double Helix. *Columbia Business Law Review*, 1(1).
- KOVACIC, W. E. (2014). Out of Control? Robert Bork's portrayal of the U.S Antitrust System in the 1970s. *Antitrust Law Journal*, 79(3), 855-879.
- KOVACIC, W. E., & SHAPIRO, C. (2000). Antitrust Policy: A Century of Economic and Legal Thinking. *Journal of Economic Perspectives*, 14(1), 43-60.
- KROES, N. (2005). *European Competition Policy - Delivering Better Markets and Better Choices*. Paper presented at the European Consumer and Competition Day, Londres. http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-05-512_en.htm
- KROES, N. (2006). Tackling Exclusionary Practices to Avoid Exploitation of Market Power: Some Preliminary Thoughts on the Policy Review of Article 82. *Fordham Corp. L. Inst., 2005 (B. Hawk, org., 2006)*, 381.
- KÜNZLER, A. (2008). *Effizienz oder Wettbewerbsfreiheit?* Tübingen: Mohr Siebeck.
- LAINA, F., & BOGDANOV, A. (2014). The EU cartel settlement procedure: latest developments. *Journal of European Competition Law & Practice*, 5(10), 717-727.
- LANDE, R. H. (1982). Wealth Transfers as the Original and Primary Concern of Antitrust: The Efficiency Interpretation Challenged. *Hastings Law Journal*, 34(1), 65.
- LANDE, R. H. (1989). Chicago's False Foundation: Wealth Transfers (Not Just Efficiency) Should Guide Antitrust. *Antitrust Law Journal*, 58, 631-644.
- LANDE, R. H. (2013). A Traditional and Textualist Analysis of the Goals of Antitrust: Efficiency, Preventing Theft from Consumers, and Consumer Choice. *Fordham Law Review*, 2349-2403.
- LANDES, W. M., & POSNER, R. A. (1981). Market Power in Antitrust Cases. *Harvard Law Review*, 94(5), 937-996.
- LEMAIRE, C. (2013). Object vs. effect after the modernisation of EU Law: What has (or should have) changed? *New frontiers of antitrust 2012* (pp. 163-182). Bruxelles: Bruylant.
- LIANOS, I. (2007a). Commercial agency agreements, vertical restraints, and the limits of article 81 (1) EC: between hierarchies and networks *Journal of Competition Law and Economics*, 3, 625-672.
- Lianos, I. (2007b). *La transformation du droit de la concurrence par le recours à l'analyse économique*. Bruxelles: Bruylant.
- LIANOS, I. (2016). The principle of effectiveness, Competition Law remedies and limits of adjudication In P. LOWE, M. MARQUIS, & G. MONTI (Eds.), *European Competition Law Annual - 2013: Effective and legitimate enforcement of Competition Law*. Oxford e Portland: Hart Publishing.
- LIFLAND, W. T., DEACON, D., GONZÁLEZ-DÍAZ, F. E., MARTINEZ LAGE, S., & SATZKY, H. (1996). Ancillary and Vertical Restraints Under EU Competition Law. *Fordham Corp. L. Inst., 1995 (B. Hawk, org., 1996)*, 363-373.

A “abordagem mais económica” ao Direito europeu da concorrência

- LOBO, C. (2010). *Sectores em Rede: Regulação para a Concorrência. Enquadramento Jurídico-Económico das Redes Físicas (Telecomunicações, Energia e Transportes) e das Redes Virtuais*. Coimbra: Almedina.
- LOURI, V. (2002). 'Undertaking' as a Jurisdictional Element for the Application of EC Competition Laws. *World Competition*, 29(2), 143-176.
- LOWE, P. (2007). *Consumer Welfare and Efficiency - New Guiding Principles of Competition Policy?* Paper presented at the 13th International Conference on Competition - 14th European Competition Day. http://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp2007_02_en.pdf
- LOWE, P., & MAIER-RIGAUD, F. P. (2007). Quo vadis antitrust remedies? In B. E. HAWK (Ed.), *International Antitrust Law and Policy*. Huntington: Juris Publishing.
- MADURO, M. P. (1998). *We, The Court. The European Court of Justice and the European Economic Constitution. A Critical Reading of Article 30 of the EC Treaty*. Oxford: Hart Publishing.
- MAHER, I. (1996). Alignment of Competition Laws in the European Community. *Yearbook of European Law*, 16, 223-242.
- MAHER, I. (2000). Re-imagining the Story of European Competition Law. *Oxford Journal of Legal Studies*, 20(1), 155-166.
- MAIER-RIGAUD, F. (2012). On the normative foundations of competition law - efficiency, political freedom and the freedom to compete. In D. ZIMMER (Ed.), *The Goals of Competition Law* (pp. 132-168). Cheltenham: Edward Elgar Publishing.
- MARENCO, G. (2002). The Birth of Modern Competition Law in Europe. In A. v. BOGDANDY, P. C. MAVROIDIS, & Y. MÉNY (Eds.), *European Integration and International Co-ordination - Studies in Transnational Economic Law in Honour of Claus-Dieter Ehlermann* (pp. 279-304). Haia: Kluwer Law International.
- MARQUES, M. M. L. (2002). *Um Curso de Direito da Concorrência* (Vol. 3). Coimbra: Coimbra Editora.
- MARSHALL, R. C., & MARX, L. M. (2012). *The Economics of Collusion - Cartels and Bidding Rings*. Cambridge, Massachusetts: The MIT Press.
- MARTIN, S. (2007). *The Goals of Antitrust and Competition Policy*. Department of Economics. Purdue University.
- MCGOWAN, L. (2010). *The Antitrust Revolution in Europe: Exploring the European Commission's Cartel Policy* Cheltenham: Edward Elgar.
- MESTMÄCKER, E.-J. (2013). Towards a Concept of a Workable European Competition Law: Revisiting the Formative Period. In K. K. PATEL & H. SCHWEITZER (Eds.), *The Historical Foundations of EU Competition Law* (pp. 191-206). Oxford: Oxford University Press.
- MEYRING, B. (2010). T-Mobile: Further confusion on information exchanges between competitors. 1(1).
- MISCHE, H., KAMILAROVA, E., & SCHNICHEL, D. (2014). Pharma. In J. FAULL & A. NIKPAY (Eds.), *The EU Law of Competition* (pp. 1869). Oxford: Oxford University Press.
- MONCADA, L. S. C. d. (2007). *Direito Económico* (5.^a ed.). Coimbra: Coimbra Editora.

A “abordagem mais económica” ao Direito europeu da concorrência

- MONIZ, C. B., PERES, J. V., CADETE, E. M., BORGES, G. M., GOUVEIA E MELO, P., GOUVEIA, I., & FERREIRA, L. N. (2016). *Lei da Concorrência Anotada*. Coimbra: Almedina.
- MONNET, J. (1976). *Mémoires*. Paris: Librairie Arthème Fayard.
- MONTI, G. (2002). Article 81 EC and Public Policy. *Common Market Law Review*, 39(5), 1057.
- MONTI, G. (2007). *EC Competition Law*. Cambridge: Cambridge Univ. Press.
- MONTI, M. (2000). *European Competition Policy for the 21st Century*.
http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-00-389_en.htm?locale=en
- MONTI, M. (2001, 5.10.2001). [Market definition as a cornerstone of EU Competition Policy].
- MONTI, M. (2002, 7.11.2002). *Merger control in the European Union: a radical reform*. Paper presented at the European Commission/IBA Conference on EU Merger control, Bruxelas.
- MORAIS, L. D. S. (2006). *Empresas comuns Joint Ventures no direito comunitário da concorrência*. Coimbra: Almedina.
- MORAIS, L. D. S. (2009a). *Direito da Concorrência - Perspectivas do seu Ensino*. Coimbra: Almedina.
- MORAIS, L. D. S. (2009b). *Os Conceitos de Objeto e Efeito Restritivos da Concorrência e a Prescrição de Infracções de Concorrência*. Coimbra: Almedina.
- MORAIS, L. D. S. (2013). Horizontal cooperation agreements. In I. LIANOS & D. GERADIN (Eds.), *Handbook on European Competition Law - Substantive Aspects* (pp. 85-130). Cheltenham: Edward Elgar.
- MORAIS, L. D. S. (2014). *Joint Ventures and EU Competition Law*: Bloomsbury Publishing.
- MORAIS, L. D. S., & FETEIRA, L. T. (2014). Concerted Practices and Exchange of Information: Recent Developments in EU and National Case Law. *e-competitions*(63909).
- MOREIRA, V. (1979). *Economia e Constituição* (2.ª ed.). Coimbra: Coimbra Editora.
- MOREIRA, V. (1987). *A ordem jurídica do capitalismo* (4.ª ed.). Lisboa: Caminho.
- MÖSCHEL, W. (1989). Competition Policy from an Ordo point of view. In A. PEACOCK & H. WILLGERODT (Eds.), *German Neo-Liberals and the Social Market Economy* (pp. 142-159). London: Macmillan.
- MOSSO, C. E. (2011). The More Economic Approach Paradigm - An Effects-based Approach to EU Competition Policy. In J. BASEDOW & W. WURMNEST (Eds.), *Structure and Effects in EU Competition Law - Studies on Exclusionary Conduct and State Aid* (pp. 11-23). Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International.
- MOTTA, M. (2004). *Competition policy : theory and practice*. Cambridge: Cambridge University Press.
- MOTTA, M. (2008). On Cartel Deterrence and Fines in the European Union. *European Competition Law Review*, 29(4), 209.
- MOTTA, M. (2009). The European Commission's Guidance Communication on article 82. *European Competition Law Review*, 30(12), 593-599.
- MOURA E SILVA, M. (1998). *O princípio do equilíbrio institucional na Comunidade Europeia*. Lisboa: AAFDL.

A “abordagem mais económica” ao Direito europeu da concorrência

- MOURA E SILVA, M. (1999). PROMETEU AGRILHOADO: Breves reflexões sobre a justificação de concentrações no direito português da concorrência. *Revista Jurídica da AAFDL*(23), 181-189.
- MOURA E SILVA, M. (2000). Descentralização da aplicação do direito comunitário da concorrência – uma visão pessoal. *Revista Jurídica da AAFDL*(24), 129-160.
- MOURA E SILVA, M. (2003). *Inovação, Transferência de Tecnologia e Concorrência - Estudo Comparado do Direito da Concorrência dos Estados Unidos e da União Europeia*. Coimbra: Almedina.
- MOURA E SILVA, M. (2007). Os cartéis e sua proibição pelo artigo 81.º do Tratado de Roma: algumas notas sobre aspectos substantivos e prova. *Sub Iudice*, 40, 39-57.
- MOURA E SILVA, M. (2008). *Direito da concorrência. Uma introdução jurisprudencial*. Coimbra: Almedina.
- MOURA E SILVA, M. (2010). *O abuso de posição dominante na nova economia*. Coimbra: Almedina.
- MOURA E SILVA, M. (2011). Anti-cartel enforcement in Portugal: A short chronicle of an uphill struggle. *European Competition Law Review*, 32(1), 37-41.
- MOURA E SILVA, M. (2013a). Anotação ao artigo 23.º. In M. C. L. PORTO, J. L. d. C. VILAÇA, C. CUNHA, M. GORJÃO-HENRIQUES, & G. ANASTÁCIO (Eds.), *Lei da Concorrência - Comentário conimbricense*. Coimbra: Almedina.
- MOURA E SILVA, M. (2013b). Antitrust in Distress: Causes and Consequences of the Financial Crisis. *The Competition Law Review*, 9(2), 119-132.
- MURACH-BRAND, L. (2004). *Antitrust auf deutsch: Der Einfluss der amerikanischen Alliierten auf das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) nach 1945*. Tübingen: Mohr Siebeck.
- MURRAY, G. (2015). In search of the obvious: Groupement des Cartes Bancaires and “By Object” infringements under EU competition law. *European Competition Law Review*, 36(2), 47.
- NAGY, C. I. (2013). The distinction between anti-competitive object and effect in Allianz: the end of coherence in competition analysis? *World Competition*, 36(4), 542-564.
- NAGY, C. I. (2015). The new concept of anti-competitive object: a loose cannon in EU Competition Law. *European Competition Law Review*, 36(4), 154-159.
- NAZZINI, R. (2006). Article 81 EC Between Time Present and Time Past: A Normative Critique of 'Restriction of Competition' in EU Law. *Common Market Law Review*, 43(2), 497-536.
- NICOLAIDES, P. (2005). The Balancing Myth: The Economics of Article 81(1) & (3). *Legal Issues of Economic Integration*, 32(2), 123-145.
- NIKPAY, A., & NAZZINI, R. (2014). Object restrictions and two-sided markets in EU Competition Law after Cartes Bancaires. *CPI Journal*, 10.
- NÖRR, K. W. (1996a). *Die Leiden Des Privatrechts: Kartelle in Deutschland von der Holzstoffkartellentscheidung zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*.
- NÖRR, K. W. (1996b). On the Concept of the 'Economic Constitution' and the Importance of Franz Böhm from the Viewpoint of Legal History. *European Journal of Law and Economics*, 3, 345-356.

- O'DONOGHUE, R., & PADILLA, A. J. (2006). *The Law and Economics of Article 82*. Oxford: Hart Publishing.
- OCDE. (2003). *The Objectives of Competition Law and Policy*. Retrieved from
- OCDE. (2008). *Potential Pro-competitive and Anti-competitive Aspects of Trade/Business Associations*. Retrieved from Paris:
- OCDE. (2012). *Unilateral disclosures of information with anticompetitive effects*. Retrieved from Paris:
- ODUDU, O. (2001a). Interpreting Article 81(1): demonstrating restrictive effect. *European Law Review*, 26(3), 261-274.
- ODUDU, O. (2001b). Interpreting Article 81(1): the object requirement revisited. *European Law Review*, 26(4), 379-390.
- ODUDU, O. (2002). A new economic approach to Article 81(1)? *European Law Review*, 27(1), 100-105.
- ODUDU, O. (2006). *The boundaries of EC Competition Law: The scope of Article 81*. Oxford: Oxford University Press.
- ODUDU, O. (2010). The Wider Concerns of Competition Law. *Oxford Journal of Legal Studies*, 30(3), 599-613.
- ODUDU, O. (2011). Indirect Information Exchange: The Constituent Elements of Hub and Spoke Collusion. *European Competition Journal*, 7(2), 205.
- ODUDU, O. (2013). Hub and Spoke collusion. In I. LIANOS & D. GERADIN (Eds.), *Handbook on European Competition Law - Substantive aspects* (pp. 242-258). Cheltenham: Edward Elgar Publishing.
- ODUDU, O., & BAILEY, D. (2014). The Single Economic Entity doctrine in EU Competition Law. *Common Market Law Review*, 51, 1721-1758.
- ORBACH, B. Y. (2011). The Antitrust Consumer Welfare Paradox. *Journal of Competition Law and Economics*, 7(1).
- ORBACH, B. Y. (2013). What Is Government Failure? *Yale Journal on Regulation*, 30, 44-56.
- ORBACH, B. Y. (2016). Hub-and-Spoke Conspiracies. *The Antitrust Source*, 3, 1.
- ORTEGA GONZÁLEZ, A. (2013a). Restrictions by object and the appreciability test: the Expedia case, a surprising judgment or a simple clarification? *European Competition Law Review*, 34(9), 458.
- ORTEGA GONZÁLEZ, A. (2013b). Restrictions by object and the appreciability test: the Expedia case, a surprising judgment or a simple clarification? *European Competition Law Review*, 34(9), 457-465.
- ORTIZ BLANCO, L. (2011). *Market Power in EU Antitrust Law*. Londres: Bloomsbury.
- PACE, L. (2007). *European Antitrust Law: Prohibitions, Merger Control and Procedures*. Cheltenham: Edward Elgar.
- PAIS, S. O. (2011a). *Entre inovação e concorrência - Em defesa de um modelo europeu*. Lisboa: Universidade Católica Editora.

- PAIS, S. O. (2011b). O critério do bem-estar dos consumidores no contexto da renovação do direito comunitário da concorrência *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida* (Vol. I, pp. 587). Coimbra: Almedina.
- PARRET, L. (2010). Shouldn't We Know What We are Protecting? Yes We Should! A Plea for a Solid and Comprehensive Debate about the Objectives of EU Competition Law and Policy. *European Competition Journal*, 6(2), 339-376.
- PATRÍCIO, J. S. (1982). *Direito da Concorrência - Aspectos Gerais*. Lisboa: Gradiva.
- PAZ FERREIRA, E. (2001). *Direito da Economia*. Lisboa: AAFDL.
- PEEPERKORN, L. (2015a). Conditional pricing: why the General Court is wrong in Intel and what the Court of Justice can do to rebalance the assessment of rebates *Concurrences*, 1, 43.
- PEEPERKORN, L. (2015b). Defining "by object" restrictions. *Concurrences*, 3, 40-50.
- PEEPERKORN, L., & VEROUDEN, V. (2014). The Economics of Competition. In J. FAULL & A. NIKPAY (Eds.), *The EU Law of Competition* Oxford: Oxford University Press.
- PEETERS, J. (1989). The Rule of Reason Revisited: Prohibition on Restraints of Competition in the Sherman Act and the EEC Treaty. *The American Journal of Comparative Law*, 37(3), 521-570.
- PERA, A. (2008). Changing Views of Competition, Economic Analysis and EC Antitrust Law. *European Competition Journal*, 4(1), 127.
- PEREIRA, J. C. (2014). Groupement des Cartes Bancaires: Reshaping the Object Box. *Revista de Concorrência e Regulação*, 18, 265-280.
- PEREIRA, M. M. (2009). *Lei da Concorrência Anotada*. Coimbra: Coimbra Editora.
- PERESTRELO DE OLIVEIRA, A., & SOUSA FERRO, M. (2010). The sins of the son: parent company liability for competition law infringements. *Revista de Concorrência e Regulação*, Ano I (Número 3 - Julho-Setembro 2010).
- PETIT, N. (2008). Traité de Lisbonne et politique de concurrence - Rupture? *Revue de la Faculté de Droit de l'Université de Liège*(1), 265-279.
- PETIT, N. (2009). *The guidelines on the application of article 81(3) EC: A critical review*. Retrieved from Liège:
- PETIT, N. (2013). *Droit européen de la concurrence*. Lonrai: Montchrestien.
- PITOFSKY, R. (1979). The Political Content of Antitrust. *University of Pennsylvania Law Review*, 127, 1051.
- PITOFSKY, R. (Ed.) (2008). *How the Chicago School Overshot the Mark. The Effects of Conservative Economic Analysis on U.S. Antitrust*. Oxford: Oxford Univ. Press.
- PITTA E CUNHA, P. (2006). *Direito Europeu - Instituições e Políticas da União*. Coimbra: Almedina.
- POSNER, R. A. (1969). Oligopoly and the Antitrust Laws: A Suggested Approach. *Stanford Law Review*, 21(6), 1548-1643.
- POSNER, R. A. (1976). *Antitrust Law - An Economic Perspective* (1ª ed.). Chicago: Chicago Univ. Press.
- POSNER, R. A. (1979). The Chicago School of Antitrust Analysis. *University of Pennsylvania Law Review*, 127, 925.

- POSNER, R. A. (2001a). Antitrust in the New Economy. *Antitrust Law Journal*, 68(3), 925.
- POSNER, R. A. (2001b). *Antitrust Law - An Economic Perspective* (2^a ed.). Chicago: Chicago Univ. Press.
- REEVES, A. P., & STUCKE, M. E. (2011). Behavioral antitrust. *Indiana Law Journal*, 86(4), 1527-1586.
- REICH, N. (1994). The 'November Revolution' of the European Court of Justice: Keck, Meng and Audi revisited. *Common Market Law Review*, 31, 495.
- RILEY, A. (1997). The European Cartel Office: A Guardian Without Weapons. *European Competition Law Review*, 18(1), 3-16.
- RILEY, A. (2003). EC Antitrust Modernisation: The Commission Does Very Nicely, Thank You! Part One: Regulation 1 and the Notification Burden. *European Competition Law Review*, 11.
- RILEY, A. (2007). The EU Reform Treaty and the Competition Protocol: Undermining EC Competition Law. *European Competition Law Review*, 28(12), 703.
- ROCHET, J.-C., & TIROLE, J. (2002). Cooperation among Competitors: Some Economics of Payment Card Associations. *The RAND Journal of Economics*, 33(4).
- ROCHET, J.-C., & TIROLE, J. (2014). Platform competition in two-sided markets. *CPI Journal*, 10.
- ROUSSEVA, E. (2010). *Rethinking Exclusionary Abuses in EU Competition Law*. Oxford: Hart Publishing.
- RUIZ, N. (1999). A aplicação do direito comunitário da concorrência em Portugal. *Documentação e Direito Comparado*(77-78), 7-36.
- SANTOS, A. C. d., GONÇALVES, M. E., & MARQUES, M. M. L. (2008). *Direito Económico*. Coimbra: Almedina.
- SCHAUB, A. (1999). Modernization of EC Competition Law: Reform of Regulation No. 17. *Fordham International Law Journal*, 23(3), 752-777.
- SCHECHTER, M. C. (1982). The Rule of Reason in European Competition Law. *Legal Issues of European Integration*, 9(2), 1-20.
- SCHERER, F. M., & ROSS, D. J. (1990). *Industrial Market Structure and Economic Performance* (3.^a ed.). Boston: Houghton Mifflin.
- SCHMALENSEE, R. (2008). Thoughts on the Chicago Legacy in U.S. Antitrust. In R. PITOFSKY (Ed.), *How the Chicago School Overshot the Mark* (pp. 11-23). Oxford: Oxford Univ. Press.
- SCHMIDTCHEN, D. (1991). The Goals of Antitrust Revisited: Comments. *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, 147(1), 31-37.
- SCHMITT, C. (2008). *Constitutional Theory*. Durham: Duke University Press.
- SCHUMPETER, J. A. (1976). *Capitalism, Socialism and Democracy* (5.^a ed.). Londres: Routledge.
- SCHWARTZ, I. E. (1957). Antitrust Legislation and Policy in Germany. A Comparative Study. *University of Pennsylvania Law Review*, 105(5), 617-690.
- SCHWARZ, D. (2016). Immoveable objects: The evolution of object restrictions after the *cartes bancaires* case. *Competition Law Insight*.

- SCHWEITZER, H. (2008). The History, Interpretation and Underlying Principles of Section 2 Sherman Act and Article 82 EC. In C.-D. EHLERMANN & M. MARQUIS (Eds.), *European Competition Law Annual 2007: A reformed approach to Article 82 EC*. Oxford: Hart Publishing.
- SIERRA, J. L. B. (2014). Article 106 - Exclusive or special rights and other anti-competitive measures. In J. FAULL & A. NIKPAY (Eds.), *The EU Law of Competition* (pp. 809-879). Oxford: Oxford University Press.
- SIRAGUSA, M. (1997). The Millennium approaches: rethinking article 85 and the problems and challenges in the design and enforcement of the EC competition rules. *Fordham International Law Journal*, 21(3), 31.
- SLYNN, G., Sir. (1986). EEC Competition Law From the Perspective of the Court of Justice. *Fordham Corp. L. Inst.*, 1985 (B. HAWK org., 1986), 383.
- SNYDER, F. (1994). Soft Law and Institutional Practice in the European Community. In S. MARTIN (Ed.), *The Construction of Europe. Essays in Honour of Emile Noël* (pp. 197-225). Haia: Kluwer.
- SOKOL, D. D. (2014). The transformation of vertical restraints: per se illegality, the rule of reason, and per se legality. *Antitrust Law Journal*, 79(3).
- SOSNICK, S. H. (1958). A Critique of Concepts of Workable Competition. *Quarterly Journal of Economics*, 72(3), 380-423.
- SPAACK, F., & JAEGER, J. N. (1961). The Rules of Competition within the European Common Market. *Law and Contemporary Problems*, 26(Summer), 485-507.
- STEFAN, O. (2012). European Union Soft Law: New Developments Concerning the Divide Between Legally Binding Force and Legal Effects. *The Modern Law Review*, 75(5), 865-893.
- STEPHAN, A. (2012). Price Fixing in Crisis: Implications of an Economic Downturn for Cartels and Enforcement. *World Competition*, 35(3), 511-528.
- STIGLER, G. J. (1964). A Theory of Oligopoly. *Journal of Political Economy*, 72(1), 44-61.
- STREIT, M. E., & MUSSLER, W. (1994). The Economic Constitution of the European Community: From Rome to Maastricht. *Constitutional Political Economy*, 5(3), 319-353.
- STUCKE, M. E. (2012a). *The Implications of Behavioral Antitrust*. Paper presented at the OECD Hearing on Competition and Behavioural Economics, Paris.
- STUCKE, M. E. (2012b). Reconsidering Antitrust's Goals. *Boston College Law Review*, 53, 551.
- TIROLE, J. (1988). *The Theory of Industrial Organization*. Cambridge, MA: MIT Press.
- TOR, A. (2002). The Fable of Entry: Bounded Rationality, Market Discipline, and Legal Policy. *Michigan Law Review*, 101, 482-482.
- TOWNLEY, C. (2011). Which goals count in article 101 TFEU? Public policy and its discontents. *European Competition Law Review*(9), 441-448.
- VAN DEN BERGH, R. (1996). Modern Industrial Organisation Versus Old-Fashioned European Competition Law. *European Competition Law Review*, 17(2), 75-87.

- VAN DEN BERGH, R. (1997). The Subsidiarity Principle and the EC Competition Rules: The Costs and Benefits of Decentralization. In D. Schmidtchen & R. Cooter (Eds.). Cheltenham: Edward Elgar.
- VAN DEN BERGH, R., & CAMESASCA, P. D. (2001). *European Competition Law and Economics. A Comparative Perspective*. Antuérpia: Intersentia.
- VAN DEN BERGH, R., & CAMESASCA, P. D. (2006). *European Competition Law and Economics: A Comparative Perspective*. Londres: Sweet & Maxwell.
- VAN DEN BERGH, R., PARDOLESI, R., & CUCINOTA, A. (2002). A preface to Post-Chicago Antitrust. In R. VAN DEN BERGH, R. PARDOLESI, & A. CUCINOTA (Eds.), *Post-Chicago Developments in Antitrust Analysis*. Cheltenham: Edward Elgar.
- VAN HOUTTE, B. (1982). A Standard of Reason in the EEC Antitrust Law: Some Comments on the Application of Parts 1 and 3 of Article 85. *Northwestern Journal of International Law & Business*, 4(2), 497.
- VAN MIERT, K. (1995). *La politique de la concurrence de la nouvelle Commission*. Paper presented at the Forum sur le droit communautaire des ententes organisé par STUDIENVEREINIGUNG KARTELLRECHT, Bruxelles.
http://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp1995_037f_fr.html
- VAN MIERT, K. (1998, 17.9.1998). *The Future of European Competition Policy*. Paper presented at the Presentation of the Ludwig Erhard Prize, Bonn.
- VAN ROMPUY, B. (2011). The Impact of the Lisbon Treaty on EU Competition Law: A Review of Recent Case Law of the EU Courts. *Competition Policy International Antitrust Chronicle*, 1.
- VAN ROMPUY, B. (2012). *Economic Efficiency: The Sole Concern of Modern Antitrust Policy? Non-efficiency Considerations under Article 101 TFEU*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International.
- VENIT, J. S. (2003). Brave New World: The Modernization and Decentralization of Enforcement Under Articles 81 and 82 of the EC Treaty. *Common Market Law Review*, 40(3), 545.
- VILAÇA, J. L. d. C. (2006). Introdução à nova legislação da concorrência. In A. G. SOARES & M. M. L. MARQUES (Eds.), *Concorrência. Estudos* (pp. 7-44). Coimbra: Almedina.
- WAELEBROECK, D., & SLATER, D. (2013). The scope of object vs. effect under Article 101 TFEU. In J. H. J. BOURGEOIS & D. WAELEBROECK (Eds.), *Ten years of effects-based approach in EU competition law* (pp. 131-157). Bruxelas: Bruylant.
- WAGNER-von PAPP, F. (2013). Information exchange agreements. In I. LIANOS & D. GERADIN (Eds.), *Handbook on European Competition Law - Substantive aspects* (pp. 130-173). Cheltenham: Edward Elgar Publishing.
- WALL, I. (1991a). Jean Monnet, the United States and the French Economic Plan. In D. BRINKLEY & C. HACKETT (Eds.), *Jean Monnet. The Path to European Unity* (pp. 86-109). Nova Iorque: St. Martin's Press.
- WALL, I. (1991b). *The United States and the Making of Postwar France, 1945-1954*. Cambridge: Cambridge University Press.

A “abordagem mais económica” ao Direito europeu da concorrência

- WEILER, J. H. H. (1981). The Community System: the Dual Character of Supranationalism. *Yearbook of European Law*, 1, 267.
- WEILER, J. H. H. (1991). The Transformation of Europe. *The Yale Law Journal*, 100(8), 2403-2483.
- WEILER, J. H. H., & TRACHTMAN, J. P. (1996). European Constitutionalism and Its Discontents. *Northwestern Journal of International Law & Business*, 17(1), 354.
- WEITBRECHT, A. (2008). From Freiburg to Chicago and Beyond -- The First 50 Years of European Competition Law. *European Competition Law Review*, 29(2), 81.
- WESSELING, R. (2000). *The Modernisation of EC Antitrust Law* Oxford: Hart Publishing.
- WESSELING, R. (2001). The draft-regulation modernising the competition rules: the Commission is married to one idea. *European Law Review*, 26(4), 357.
- WHISH, R. (2013). Anticompetitive object vs. anticompetitive effect: Does it really matter? Introductory remarks *New Frontiers of Antitrust 2012* (pp. 143-145). Bruxelas: Bruylant.
- WHISH, R., & BAILEY, D. (2012). *Competition Law*. Oxford: Oxford University Press.
- WHISH, R., & BAILEY, D. (2015). *Competition Law* (8.^a ed.). Oxford: Oxford University Press.
- WHISH, R., & SUFFRIN, B. (1987). Article 85 and the Rule of Reason. *Yearbook of European Law*, 7, 1-38.
- WHITE, L. J. (2010a). Economics, Economists, and Antitrust: A Tale of Growing Influence. In J. SIEGFRIED (Ed.), *Better Living Through Economics* (pp. 226-248). Cambridge, MA: Harvard University Press.
- WHITE, L. J. (2010b). The Growing Influence of Economics and Economists on Antitrust: An Extended Discussion. *Economics, Management, and Financial Markets*, 5, 26-63.
- WILKS, S. (2005). Agency Escape: decentralization or dominance of the European Commission in the modernization of Competition Policy. *Governance*, 18(3), 431-452.
- WILKS, S. (2007). Agencies, Networks, Discourses and the Trajectory of European Competition Enforcement. *European Competition Journal*, 3(2), 437.
- WILLIAMSON, O. E. (1968). Economies as an Antitrust Defense: The Welfare Tradeoffs. *American Economic Review*, 58(1), 18-36.
- WILS, W. (2006). Settlements of EU Antitrust Investigations: Commitment Decisions under Article 9 of Regulation No. 1/2003. *World Competition*, 29(3), 345.
- WILS, W. (2013). Ten years of Regulation 1/2003 - A retrospective. *Journal of European Competition Law & Practice*, 4(4), 293-301.
- WILS, W. (2015, 15 de junho de 2015). [Ten years of commitment decisions under article 9 of Regulation 1/2003: Too much of a good thing?].
- WILS, W. P. J. (1999). Notification, Clearance and Exemption in EC Competition Law: An Economic Analysis. *European Law Review*, 24(2), 139-139.
- WILS, W. P. J. (2000). The Undertaking as Subject of EC Competition Law and the Imputation of Infringements to Natural or Legal Persons. *European Law Review*, 25(2), 99.
- WILS, W. P. J. (2001). The Modernisation of the Enforcement of Articles 81 and 82 EC: A Legal and Economic Analysis of the Commission's Proposal for a New Council Regulation Replacing Regulation 17. *Fordham Corp. L. Inst.*, 2000 (B. Hawk, org., 2001), 313-363.

- WILS, W. P. J. (2014). The judgment of the EU General Court in Intel and the so-called more economic approach to abuse of dominance. *World Competition*, 37, 405.
- WITT, A. C. (2010). The Commission's Guidance Paper on Abusive Exclusionary Conduct - More radical than it appears? *European Law Review*, 35(2), 214-235.
- WITT, A. C. (2012). From Airtours to Ryanair: Is the more economic approach to EU merger law really about more economics? *Common Market Law Review*, 49, 217-246.
- XAVIER, A. P. (1970). *Subsídios para uma lei de defesa da concorrência* (Vol. 95). Lisboa: Centro de Estudos Fiscais.
- ZÄCH, R., & KÜNZLER, A. (2010). Freedom to Compete or Consumer Welfare: The Goal of Competition Law according to Constitutional Law. In A. HEINEMANN & A. KELLERHALS (Eds.), *The Development of Competition Law - Global Perspectives* (pp. 61-83). Cheltenham: Edward Elgar.

ÍNDICE

Nota prévia	ii
RESUMO	vi
ABSTRACT	viii
Palavras chave.....	x
Keywords	x
Agradecimentos.....	xii
índice sumário	xiv
principais abreviaturas.....	xvi
INTRODUÇÃO	1
I PARTE: A MODERNIZAÇÃO DO DIREITO EUROPEU DA CONCORRÊNCIA	19
CAPÍTULO 1: DO ANTIGO REGIME À REFORMA DO DIREITO EUROPEU DA CONCORRÊNCIA	21
1. Introdução.....	23
2. Os objetivos do Direito da Concorrência	33
2.1. Os objetivos do Direito da Concorrência e as noções de eficiência e bem-estar	37
2.1.1. Sobre o conceito de eficiência económica.....	41
2.1.2. Afinal, que bem-estar?	46
2.1.3. Escolas de pensamento económico: de Harvard a Pós-Chicago.....	49
2.1.4. Influências no Direito norte-americano da concorrência	60
3. Os objetivos da defesa da concorrência na União Europeia	64
3.1. Da fundação à modernização. O Direito europeu da concorrência e a sua circunstância	68
3.2. De Paris a Roma.....	70
3.3. Os atores e as idades do Direito europeu da concorrência	81
3.3.1. A liberdade de concorrência como meio de integração dos mercados	83
3.3.2. A “idade imperial” e a expansão dos objetivos da defesa da concorrência	90
3.3.3. A antecâmara da modernização: o papel da concorrência no programa do mercado único	96
CAPÍTULO 2: A MODERNIZAÇÃO DO DIREITO EUROPEU DA CONCORRÊNCIA	109
1. Introdução.....	111
2. O programa substantivo da reforma: a <i>abordagem mais económica</i> ao Direito europeu da concorrência	135
2.1. A abordagem mais económica ao artigo 101.º	138
2.1.1. A abordagem mais económica às restrições verticais	141
2.1.2. A abordagem mais económica à cooperação horizontal	157
2.2. Quadro geral da abordagem mais económica aos abusos de posição dominante e ao controlo de concentrações.....	169
3. O princípio de concorrência nos Tratados da União	180
3.1. Enquadramento e sequência.....	180
3.2. As regras de concorrência nos Tratados da União	183
3.3. O princípio da concorrência na jurisprudência do Tribunal de Justiça	195
CONCLUSÕES DA PARTE I	203
II PARTE: O CONCEITO DE RESTRIÇÃO DA CONCORRÊNCIA PELO OBJETO NO ARTIGO 101.º, N.º 1 DO TRATADO SOBRE O FUNCIONAMENTO DA UNIÃO EUROPEIA.....	209

Introdução e sequência da exposição	211
CAPÍTULO 3: RESTRIÇÕES DA CONCORRÊNCIA PELO OBJETO NA MODERNA POLÍTICA DE CONCORRÊNCIA, NA UNIÃO EUROPEIA E EM PORTUGAL	223
1. Restrições da concorrência pelo objeto na prática decisória da comissão europeia.....	225
1.1. Panorâmica geral sobre as prioridades decisórias da Comissão na aplicação do artigo 101.º, n.º 1.....	225
1.1.1. Enquadramento: as orientações da Comissão em relação às restrições pelo objeto e análise dos efeitos.....	225
1.1.2. A relevância das restrições por objeto na prática decisória da Comissão	246
1.2. A prática decisória da Comissão na proibição de restrições da concorrência pelo objeto e pelo efeito	254
1.2.1. Enquadramento.....	254
1.2.2. A qualificação de acordos <i>pay-for-delay</i> como restrições pelo objeto.....	257
1.2.3. Restrições da concorrência em sistemas de pagamentos com cartão: a problemática dos “mercados de dois lados”	265
1.3. A prática decisória da Comissão na aplicação de procedimentos de compromissos	276
1.4. A aplicação do artigo 101.º, n.º 3 na prática decisória da Comissão	285
2. Restrições da concorrência pelo objeto na prática decisória da autoridade da concorrência	291
2.1. Antecedentes	291
2.2. O objeto restritivo na prática decisória da Autoridade da Concorrência.....	295
CAPÍTULO 4: O DESENVOLVIMENTO DO CONCEITO DE RESTRIÇÃO DA CONCORRÊNCIA PELO OBJETO NA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA	301
1. O conceito de restrição da concorrência pelo objeto na economia do artigo 101.º, n.º 1	303
1.1. Elementos objetivos e subjetivos do artigo 101.º, n.º 1	303
1.2. A conceptualização do objetivo restritivo da concorrência no artigo 101.º, n.º 1.....	318
2. A salvaguarda do sentido útil da estrutura do artigo 101.º tfeue e a rejeição da regra de razão	325
2.1. A origem das propostas por uma “interpretação mais razoável” do artigo 101.º, n.º 1	325
2.2. Elementos de “razoabilidade” na interpretação do artigo 101.º, n.º 1.....	339
2.3. Acordos restritivos da concorrência compatíveis com o artigo 101.º, n.º 1	345
3. O Tribunal de Justiça e a sua ‘abordagem mais económica’ na determinação de uma restrição da concorrência pelo objeto	358
4. O conceito de “restrição da concorrência pelo objeto” e os objetivos do Direito europeu da concorrência	368
CAPÍTULO 5. A APRECIACÃO DO OBJETO RESTRITIVO DA CONCORRÊNCIA NO SEU CONTEXTO: OS ELEMENTOS ESSENCIAIS DA RESTRIÇÃO DA CONCORRÊNCIA PELO OBJETO	377
1. A avaliação do contexto jurídico e económico.....	379
1.1. A jurisprudência inicial do Tribunal de Justiça: <i>Société Technique Minière</i> , <i>Itália c. Conselho e Comissão</i> e <i>Consten</i>	379
1.2. Desenvolvimento e consolidação: a jurisprudência do Tribunal de Justiça até à criação do Tribunal Geral	396
2. A apreciação do contexto jurídico e económico na jurisprudência do Tribunal Geral	422
2.1. Enquadramento preliminar	422
2.2. A segmentação das restrições da concorrência pelo objeto: restrições “óbvias” e outras	429
2.3. Conclusões quanto à jurisprudência do Tribunal Geral	450
3. Objeto restritivo e sensibilidade da restrição	454

4. Expansão ou consolidação? A jurisprudência do Tribunal de Justiça sobre o conceito de restrição da concorrência pelo objeto pós-<i>T-Mobile</i> e <i>Allianz Hungária</i>	466
CONCLUSÃO: RESTRIÇÕES DA CONCORRÊNCIA PELO OBJETO NA IDADE MODERNA DO DIREITO EUROPEU DA CONCORRÊNCIA	479
ÍNDICE DE REFERÊNCIAS	505
Jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia.....	505
TRIBUNAL DE JUSTIÇA	505
TRIBUNAL GERAL.....	507
LEGISLAÇÃO EUROPEIA.....	508
DECISÕES DA COMISSÃO	509
COMUNICAÇÕES DA COMISSÃO E OUTROS ATOS.....	510
Bibliografia.....	513
índice	535